المعونة

على مذهب عالم المدينة

"الإمام مالك بن أنس"

تأليف

القاضي عبد الوهاب البغدادي(422 هـ)

تحقيق ودراسة

د.عبد الحق حميش

الجزء الثاني

منشورات دار قرطبة


بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الصيد[1]

الأصل فيه قوله تعالى: ﴿ **يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَيَبۡلُوَنَّكُمُ ٱللَّهُ بِشَيۡءٖ مِّنَ ٱلصَّيۡدِ تَنَالُهُۥٓ أَيۡدِيكُمۡ وَرِمَاحُكُمۡ** ﴾[2]، وقوله: ﴿ **وَإِذَا حَلَلۡتُمۡ فَٱصۡطَادُواْ** ﴾[3] وقوله: ﴿ **وَمَا عَلَّمۡتُم مِّنَ ٱلۡجَوَارِحِ** ... إلى قوله ﴿ **فَكُلُواْ مِمَّآ أَمۡسَكۡنَ عَلَيۡكُمۡ** ﴾[4] وقوله ﷺ: "**كل ما ردت عليك قوسك**"[5]، وقوله: "**إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل**"[6]، ولأنه إجماع[7].

فصل [1. الآلة التي يصاد بها]

والآلة التي يصاد بها ضربان: سلاح وجوارح فأما السلاح فالاصطياد بجميع أنواعه[8] مباح من السيوف والسهام والرماح وغيرها، والأصل فيها[9] قوله تعالى: ﴿ **لَيَبۡلُوَنَّكُمُ ٱللَّهُ بِشَيۡءٖ مِّنَ ٱلصَّيۡدِ تَنَالُهُۥٓ أَيۡدِيكُمۡ وَرِمَاحُكُمۡ** ﴾[10] الآية، وقوله ﷺ: "**كل ما ردت عليك قوسك**"[11]، وقوله في المعراض: "**إذا خرق**

---

(1) الصيد: أخذ غير مقدور عليه من وحش طير أو بر أو حيوان بحر بقصد (حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع ص 114).
(2) سورة المائدة، الآية: 94.
(3) سورة المائدة، الآية: 2.
(4) سورة المائدة، الآية: 4.
(5) أخرجه أبو داود الصيد، باب: في الصيد: (272/3)، وأحمد:(40/ 195)، وفيه ابن لهيعة، وقال في التنقيح: إسناده حسن تلخيص الحبير: 136/4).
(6) أخرجه البخاري في الذبح والصيد، باب: إذا الصيد كلباً آخر: (220/6) ومسلم في الصيد، باب: الكلاب المعلمة: (1529/3).
(7) انظر: شرح مسلم - للنووي: (8/ 132)، المغنى (8/ 539).
(8) في (م): أنواعها.
(9) في (ق): فيه.
(10) سورة المائدة، الآية : 94.
(11) سبق تخريج الحديث قريبا.

فكل"[1]، ولأن المذكى ضربان مقدور عليه، وممتنع، فلما كان المقدور عليه يذكى بالسلاح فكذلك الممتنع، ولا خلاف في ذلك[2].

فصل[2. ما مات بقتل السهم]

وما مات بقتل السهم له جاز أكله[3]، لقوله: "**كل ما ردت عليك قوسك**"[4] وقوله لأبي ثعلبة[5]: "ذكياً وغير ذكي"[6]، ولأن إرسال السهم كمباشر الذابح الذبح[7].

فصل[3. ما قتل بالمعراض]

ما قتل بالمعراض[8] أكل إن كان بحده، ولا يؤكل إن كان بعرضه[9]، لقوله في حديث عدي[10]: "**إذا رميت بالمعراض و ذكرت اسم الله تعالى فخرق فكل، و إن أصاب بعرضه فلا تأكل**"[11]، والمعراض: خشبة غليظة في رأسها كالزج يلقيها الفارس على اليد، فربما أصابته الحديدة فجرحته وأسالت دمه، فهذا يجوز أكله، لأنه حينئذ كالسيف والرمح، وربما أصابته الخشبة فترضه أو تشدخه فيكون حينئذ[12] وقيداً كالمرمى بالبندقة والحجر، فلا يجوز أكله إلا أن يدرك ولم تنفذ مقاتله، فيذكى فإنه يؤكل، وإن بلغ إلى حيث لا ترجى له حياة لم تعمل الذكاة فيه.

---

(1) أخرجه البخاري في الذبح والصيد، باب: صيد العراض: (6/ 218)، ومسلم في الصيد، باب: الصيد بالكلاب المعلمة: (1529/3).

(2) انظر: المغنى: (551/8)، بداية المجتهد: (254/6-255).

(3) انظر: المدونة (423/1)، التفريع: (398/1)، الرسالة: (ص 187).

(4) سبق تخريج الحديث قريبا.

(5) أبو ثعلبة: الحشني، صاحب النبي ﷺ، قيل: جرهم بن ناشم، وقيل: جرثوم، توفى سنة خمس وسبعين (انظر سير أعلام النبلاء: (571/2)، شذرات الذهب: 82/1).

(6) وهو جزء من حديث: "كل ما ردت عليك قوسك" الذي سبق تخريجه.

(7) في (م): للذبح.

(8) المعراض: هو سهم لا ريش له (المصباح المنير ص 403).

(9) انظر: المدونة: (423/1)، التفريع: (397/1- 398)، الرسالة (ص 187).

(10) عدى بن حاتم: بن عبد الله بن سعيد بن الحشرج الطائي، أبو طريف، صحابي مشهور، مات سنة ثمان وستين (انظر: تقريب التهذيب، ص: 388، شذرات الذهب: 1/ 74).

(11) سبق تخريج الحديث قريبا.

(12) حينئذ: سقطت من (ق) ومن (ر).

فصل [4. ما قتلته الحبالة]

لا يؤكل ما قتلته الحبالة[1] وهي الشَرَك، لأنه مقتول بغير ذكاة سهم لأن[2] الحبالة: أحبل تكون فيه مناجل توضع للصيد عند الماء، فإذا وردت علقت به فاضطرب، فربما أصابته المناجل التي فيها فلا يؤكل، لأنه حينئذ مقدور عليه[3] فذكاته بالذبح دون العقر.

فصل [5. في منع أكل ما قتله السهم المسموم]

لا يؤكل ما قتله السهم المسموم[4] وعلَّله مالك – رحمه الله – بعلتين: إحداهما أنه لا يعلم هل قتله السهم أم السم، والأخرى أن الخوف على من يأكله.

فصل [6. ما صيد بالجوارح]

وأما الجوارح فكل جارح فقه التعليم من أي الجوارح كان من الكلاب والفهود والبزاة[5] والصقور والشواهين[6] وغيرها إذا كان معلمًا، فصيده جائز[7] خلافًا لمن ذهب إلى أنه لا يؤكل إلا صيد الكلاب دون البزاة وغيرها [8]، ولمن ذهب إلى أنه لا يؤكل ما صاده الكلب الأسود[9]، ولقوله تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ ٱلْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ ٱللَّهُ﴾[10] يريد مصرين[11] إلى قوله تعالى: ﴿فَكُلُوا۟ مِمَّآ أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾[12] فعم، وقوله ﷺ:

---

(1) انظر: المدونة: (422/1)، التفريع: (397/1).
(2) لأن: سقطت من (ق).
(3) في (م): فلا يؤكل حينئذ إلا أن يقدر عليه.
(4) انظر: التفريغ: (398/1)، الرسالة (ص 187).
(5) البزاة: مفردة البازى وهو معروف.
(6) الشواهين: مفردة شاهين وهو جارح معروف.
(7) انظر: المدونة: (414/1- 416)، التفريغ: (398/1- 399)، الرسالة (ص187).
(8) حكى عن ابن عمر ومجاهد أنه لا يجوز الصيد إلا الكلب (انظر المغني: 8/ 545).
(9) في (م): البهيم، ولقد ذهب إلى ذلك الإمام أحمد (انظر مختصر الخرقى ص 133).
(10) سورة المائدة، الآية 4.
(11) انظر: الجامع لأحكام القرآن: (66/6)، وفيه: معناه مصرين على الصيد كما تصرى الكلاب.
(12) سورة المائدة، الآية: 4.

"**إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل**"[1]، ولم يفرق بين البهيم وغيره، وقوله في حديث عدي بن حاتم: "ما علمت من كلب أو باز ثم أرسلته، وذكرت اسم الله فكل مما أمسك عليك"[2]، ولأنه جارح يفقه التعليم فجاز الاصطياد به كالكلب الذي ليس ببهيم.

فصل: [7. في اشتراط كون الجوارح معلمة]

وإنما اشتراطنا أن تكون معلمة للظواهر والأخبار[3]، وصفة التعليم أن يطيعه إذا نبهه ويسترسل إذا أرسله ويسارع إذا أمره وينزجر إذا زجره، ويتكرر ذلك منه تكريراً يعلم معه في العادة أنه قد فقه التعليم، ولا حد في ذلك سوى ما ذكرناه.

فصل: [8. عدم اشتراط ترك الأكل]

وليس من شرطه ترك الأكل[4]، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[5]، لقوله: ﴿فَكُلُواْ مِمَّآ أَمۡسَكۡنَ عَلَيۡكُمۡ﴾[6]، ولم يفرق، وفي حديث أبي ثعلبة: "وإن أكل فكل"[7]، ولأنه قتل إذا[8] لم يتعقبه أكل كان ذكاة، كذلك إن تعقبه كالذبح، ولأنه أداة في تذكية الصيد، فإذا أنفذ عقره مقاتله لم يضره ما طرأ بعد ذلك أصله السهم، ولأنه جارح أبيح صيده كالبازي، ولأنه لو بادر

---

(1) سبق تخريج الحديث.

(2) أخرجه أبو داود في الصيد، باب: في الصيد: (271/3)، والترمذي في الصيد، باب: ما جاء في صيد البزاة: (55/4)، والبيهقي: (238/9)، من رواية مجالد عن الشعبي، وتفرد مجالد بذكر الباز فيه وخالف الحفاظ (تخليص الحبير: (136/4).

(3) للظاهر من الآيات والأحاديث التي أوردها قريبًا.

(4) انظر: المدونة: (414/1 - 415)، التفريع: (399/1)، الرسالة (ص 187).

(5) انظر: مختصر القدورى، مع شرح الميداني: (218/3)، ومختصر المزنى (ص:281).

(6) سورة المائدة، الآية: 4.

(7) أخرجه الترمذي في الصيد، باب: صيد البزاة: (58/2)، وأبو داود في الصيد، باب في الصيد: (273/3).

(8) إذا: سقطت من (ق).

بأخذه من فم الكلب عقيب قتله لجاز أكله، ولو كان ترك الأكل من[1] شرط التعليم لم يجز ذلك دون أن يتوقف لينظر هل يأكل أم لا.

فصل [9. فيما إذا أثر الجارح في الصيد]

لا خلاف أنه إذا أثر فيه بتخليب أو تنبيت جاز أكله لأن عقره ذكاة له، وإن أمسكه أو ضمه ولم يؤثر فيه فلا يجوز أكله[2]، لأن ذلك ليس بقتل له، فأما إذا صدمه أو نطحه، فمات منه من غير جرح فعند ابن القاسم لا يؤكل وهو قول أبي حنيفة[3]، وعن أشهب يؤكل، وهو أحد قولي الشافعي[4].

فوجه قول ابن القاسم: إنه آلة للاصطياد، فإذا قتل الصيد بصادم[5] أو غيره، مما ليس بجرح لم يؤكل كالسهم، ولأنه حصل مقتولاً بغير جرح كما لو ضربه بالعصى، ووجه قول أشهب قوله تعالى: ﴿فَكُلُوا۟ مِمَّآ أَمۡسَكۡنَ عَلَيۡكُمۡ﴾[6] يريد قتلن بإرسالكم ولم يفرق، وكذلك الخبر، ولأنه حصل مقتولا بجارح مرسل عليه كما لو جرحه.

فصل [10. إذا أدرك الصيد والجوارح تنهشه]

إذا أدرك الصيد والجوارح تنهشه وتجرحه ولم تنفذ مقاتله وقدر على تخليصه منها فلا يأكله إلا بأن يذكيه[7]، لأنه صار مقدوراً عليه قبل أن تكون ذكاته العقر، وإن لم يقدر أن يذكيه حتى مات بجرحها جاز أكله، لأن فوات نفسه حصل قبل القدرة عليه، وكذلك إن خلصه جريحًا، فمات في الفور

---

(1) في (ق): دون.
(2) انظر: المدونة: (1/413- 416)، التفريع: (1/399)، الرسالة (ص 187).
(3) انظر مختصر الطحاوى (ص297)، مختصر القدورى – مع شرح الميداني: (3/219).
(4) انظر: مختصر المزنى (ص 281).
(5) في (م): بصدم.
(6) سورة المائدة، الآية: 4.
(7) انظر: المدونة: (1/412- 413)، التفريع: (1/399)، الرسالة (ص187).

قبل أن يتمكن من تذكيته، فإن أكله جائز خلافا لأبي حنيفة[1] لقوله ﷺ: "**إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل وإن قتل**"[2]، ولأن الجارح عقره قبل القدرة على تذكيته[3]، فكان كما لو مات في يديه قبل القدرة على تخليصه، وإن خلصه من الجارح قبل فوات أو نفاذ[4] مقاتله، فتركه حتى مات فلا يؤكل لتفريطه في تذكيته، وكذلك لو تشاغل بإخراج سكين يذبحه بها.

فأما إذا أدركه في أفواه الجوارح، وقد أنفذت مقاتله فأكله جائز؛ لأن ذكاته قد تمت بقتلها له فليس بمحتاج[5] إلى تذكية أخرى، وكذلك القول فيه[6] إذا وجد السهم فيه أنه إن كان السهم قد أنفذ مقاتله، فالذكاة قد تمت، وإن كان لم ينفذ مقاتله لم يؤكل إلا بذكاة، فإن تركه حتى مات لم يؤكل؛ لأنه قدر على تذكيته كأخذه من فم الجارح قبل إنقاذ مقاتله سواء.

فصل [11. في عقر الصيد غائباً]

وليس من شرط تذكيته أن يعقره الجارح أو السهم، بحيث يشاهده، بل يؤكل إذا قتله غائبا عن رؤيته ما لم يحصل منه تفريط في طلبه إذا غاب، فرأى فيه أثر كلبه أو سهمه، وسواء توارى عنه بعد أن رأى الجارح علق به أو قبل ذلك[7]، خلافا للشافعي في أحد قوليه: إنه إذا قتله غائبا عنه بعد أن رآه قد علق [8] به فلا يؤكل، وفي أحد قوليه[9]: إنه إذا كان قبل مشاهدته متشبثاً به فلا يؤكل[10]، لقوله ﷺ: "**إذا أرسلت كلبك المعلم**

---

(1) انظر: مختصر الطحاوى (ص 797)، مختصر القدورى مع الشرح الميداني: (3/218- 219).
(2) سبق تخريج الحديث.
(3) في (م): عليه.
(4) في (ق)، و(ر): إنقاذ.
(5) في (م): يحتاج.
(6) فيه: سقطت من (ق).
(7) انظر: المدونة: (1/413- 415)، التفريع: (1/399)، الرسالة (ص 187).
(8) في (م): تعلق.
(9) في (م): وفي قوله.
(10) انظر: مختصر المزني (ص 281- 282).

وذكرت اسم الله فكل"[1]، ولأن في اعتبار مشاهدته[2] عقره تكليف ومشقة تؤدى إلى سد باب جواز أكل الصيد إذا صاده[3] الجارح، لأن الغزال أو الطائر لا يملك عدوه وسرعة طيرانه واختبائه في المكامن[4] والغياض[5] والكهوف والمواضع التي لا يصل إليها إلا الجارح بحيلولة الحوائل، ولأنه إذا رآه وفيه سهمه أو بالقرب منه جارحه فالظاهر من أنه ليس به إلا عقر ما أرسله عليه، فجاز أكله، ويفارق الميت، لأن هوام الليل تنتشر فيه فلا يؤمن مشاركتها فيه.

فصل [12. إذا بات الجارح عنه]

إذا بات الجارح عنه والصيد ثم وجده من الغد مقتولا[6] لم يأكله، واختلف في السهم، فقيل: إنه كالجارح، وقيل بخلافه[7]، فأما منع ذلك في الجارح، فلما روي أنه ﷺ: «**فإن بات**[8] **عنك فلا تأكله لا تدري، لعله كلباً غير كلبك قتله**»[9]، ولأن الليل مخالف للنهار، لأن الهوام تظهر فيه وتنتشر فيجوز أن تكون أعانت على قتله، وأما السهم فإذا[10] قلنا: إنه لا يؤكل الصيد إن بات عنه، فلما روي أن رجلاً أهدى إلى رسول الله ﷺ ظبياً، فقال: إني رميته يا رسول الله، ثم اتبعته من الغد فوجدت سهمي فيه أعرفه، فقال ﷺ: "**لا آكله لا أدري أهوام الأرض قتلته، ولو أعلم أن**

(1) سبق تخريج الحديث.
(2) في (ق): المشاهدة.
(3) في (م): صيده صاده.
(4) المكامن: مفرد مكمن، وهو من باب توارى واستخفى (المصباح المنير ص 54).
(5) الغياض: مفرده الغيضة: وهي الشجر الملتف (المصباح المنير ص 459).
(6) في (م): قد قتله.
(7) انظر المدونة: (10/ 413 – 414)، التفريع: (10/ 399).
(8) في (م): غاب.
(9) أخرجه ابن أبي شيبة وعبد الرزاق: (460/4)، والطبراني، وفيه ابن أبي المخارق وهو واه، وأخرجه أبو داود في مراسيله (انظر نصب الراية: 215/4).
(10) في (م): فإنه إذا.

سهمك قتله لأكلته"[1]، وفي حديث آخر: "**لو أعلم أنه لم يعين على حتفه**[2] **دواب المغار**[3]، **لأمرتك بأكله**"، وهذا نص وتعليل.

وإذا قلنا: يؤكل، فلما روى سعيد بن جبير[4] عن عدي بن حاتم قال: يا رسول الله، إني أرمي الصيد فأطلبه فلا أجده إلا بعد ثلاثة[5]، فقال: "إذا وجدت أثر سهمك ولم يأكل منه السبع فكله"[6]، والفرق بين السهم والكلب أن السهم يوجد في موضع الإصابة، فإذا لم ير هناك أثراً لغيره علم أن سهمه[7] قتله، وليس كذلك الجارح[8]، لأن ليس لجرحه علامة يعرفه بها، فلا يأمن أن يكون قتله بغير جرحه.

فصل [13. إذا سقط الصيد في الماء أو وقع من أعلى جبل وقد جرحه السهم أو الكلب]

إذا سقط الصيد في الماء أو وقع من أعلى جبل وقد جرحه السهم أو الكلب، فإن كان لم ينفذ مقاتله فلا يأكله، لأنه لا يتيقن أن موته بجرح السهم أو الكلب لإمكان أن يكون موته بالتردي أو بالماء، وإن كان قد أنفذ مقاتله جاز أكله[9]، لأن التردي والغرق كانا بعد تمام الذكاة، وإذا تمت الذكاة لم يؤثر فيها ما طرأ بعدها وكذلك الذبيحة مثل الصيد سواء.

وإذا أرسل كلبه على صيد بشركة كلب آخر نظر، فإن كان لصائد مسلم قد أرسله على شرائطه الجائزة كان الصيد بينهما، لأن لا مزية لأحدهما عن

---

(1) سبق تخريج الحديث قريبا.
(2) في (م): قتله.
(3) في (م): الغار.
(4) سعيد بن جبير: الأسدي مولاهم الكوفي ثقة ثبت، فقيه من الثالثة، قتل بين يدي الحجاج سنة خمس وتسعين، ولم يكمل الخمسين (انظر: تقريب التهذيب ص: 234، شذرات الذهب: 108/1).
(5) في (م): ثالث.
(6) حديث عدي سبق تخريجه.
(7) في (م): السهم.
(8) في (م): الكلب.
(9) انظر: المدونة: (420/1 - 421)، التفريع: (398/1).

الآخر، فلا يكون أولى به منه إلا يعلم أن الأول أنفذ مقاتله قبل وصول الثاني إليه، فيكون أولى به، لأن الذكاة تمت به دون الثاني، وهذا إذا كان الآخر أرسله على ذلك الصيد أو أرسله إرسالاً مطلقاً، فأما إن أرسله على غيره، فعدل إليه أو كان كلبًا مسترسلاً بنفسه أو لمجوسي فينظر، فإن أصابه بعد إنفاذ الأول مقاتله فهو ذكي بالأول ولا يضره الثاني كالتردي من جبل بعد الذكاة..

وإن كان ذلك قبل إنفاذ المقاتل أو لم يعلم لم يؤكل خلافاً للشافعي[1] في إجازته[2] أكل ما شورك فيه على كل وجه، لقوله ﷺ في حديث عدي: "وإن شاركه كلب آخر فلا تأكله[3]، ولأنه نوع من التذكية فمشاركته من لا تؤكل تذكيته لو انفرد يمنع الأكل، أصله الذبح إذا اشترك فيه المسلم والمجوسي.

فصل [14. ما استرسل عليه كلب بغير إرسال]

لا يؤكل ما استرسل عليه الكلب بغير إرسال[4]، لأن الإرسال شرط في جواز الأكل بدليل قوله تعالى: ﴿فَكُلُواْ مِمَّآ أَمۡسَكۡنَ عَلَيۡكُمۡ﴾[5]، ولا يكون ممسكا علينا إلا بأن نرسله وقوله ﷺ: "إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل"[6]، ولأن من شرط الذكاة النية فإرسال الصائد كنية[7] الذابح، ولأن التعليم شرط فلو لم يكن الإرسال شرطاً لم يكن للتعليم فائدة، ولأن الجارح آلة كالسهم.

---

(1) انظر: مختصر المزني (ص 282).
(2) في (م): إذ يرى.
(3) سبق تخريج حديث عدى قريبا.
(4) انظر: المدونة: (415/1)، التفريغ: (399/1).
(5) سورة المائدة، الآية: 4.
(6) سبق تخريج الحديث.
(7) في (ق): كتذكية

فصل[15. التسمية عند الإرسال]

ويسمي الله عز وجل[1] عند الإرسال[2]، لقوله ﷺ: "**إذا أرسلت كلبك المعلم وسميت فكل**"[3]، ولأن العقر أحد نوعى الذكاة كالذبح.

فصل [16. إذا صاد صيدا ثم أفلت فصاده غيره]

إذا صاد صيداً ثم أفلت: فصاده غيره، فإن كان عن قرب كاليومين والثلاثة فهو للمالك الأول، وإن كان بعد طول زمان ولحوق بالوحش فهو لمن صاده[4]، خلافا لأبي حنيفة والشافعي في قولهما: إنه للأول على كل حال[5].. لأن الثاني صاد ممتنعا مختلطاً بالوحش على صفة ما هي عليه من الإباحة، فكان له أصله الأول، ولأن ما أصله الإباحة إذا ملك ثم عاد إلى ما كان عليه كان للذي ملكه ثانياً، أصله الماء في نهر إذا أخذ منه إنسان ثم انصب من يده إلى النهر.

---

(1) عز وجل: سقطت من (ق).
(2) انظر: المدونة: (414/1)، التفريغ: (298/10).
(3) سبق تخريج الحديث
(4) انظر: المدونة: (1/ 411)، التفريغ: (400/1).
(5) انظر: مختصر القدورى، وشرح الميداني: (22/3-223) المهذب: (255/1-256).

كتاب الذبائح[1]

شرط الذكاة[2] بالذبح قطع الحلقوم[3]، والودجين[4]، فإن بقي شيء منها لم تتم الذكاة[5]، والأصل فيه قوله ﷺ: "ما أفرى الأوداج، وذكر اسم الله عليه فكل"[6]، وقوله: "الذكاة في الحلق واللبة[7]"[8]، ولأن الذبح ما لم يكمل في هذه المواقع جاز أن تعيش معه.

فصل [1. من شرط الذبح أن يكون في قطع واحد]

ومن شرطها أن يكون ذلك في قطع البعض، ثم رفع يده ثم أعادها فتممه لم تؤكل، لأنا لا نأمن أن يكون التلف كان عن الأول، ولأنه إذا رفع يده صار كل قطع حكم نفسه كما لو تراخى في القطعين[9].

فصل [2. في ترك الذبيحة حتى تبرد]

وينبغي أن يتركها حتى تبرد[10]، لأنه ﷺ كذلك فعل لما نحر الهدايا تركها حتى بردت ثم قال: "من شاء اقتطع"[11]، لأن ذلك أخف عليها وأقل

---

(1) الذبائح: جمع ذبيحة: وهي لقب لما يحرم بعض أفراده من الحيوان لعدم ذكاته أو سلبها عنه، وما يباح بها مقدورا عليه (حدود ابن عرفة ص117).

(2) الذكاة: نحر وذبح وفعل ما يعجل الموت بنية في الجميع (حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع ص 121).

(3) الحلقوم: بعد الفم وهو موضع النفس، وفيه شعب تتشعب منه مجرى الطعام والشراب، (المصباح المنير ص 176).

(4) الودجين: مفرده ودج وهو – بفتح الدال والكسر-: عرق الأخدع الذي يقطعه الذابح فلا يبقى معه حياة (المصباح المنير ص: 652).

(5) انظر: المدونة: (427)، التفريغ: 401/10)، الرسالة (ص 185).

(6) أخرج الطبراني بسند ضعيف بلفظ: "ما فرأ الأوداج .." (نصب الراية: 186/4)، وهو في الصحيحين بلفظ: (ما أنهر الدم ذكر اسم الله عليه فكلوا" البخاري في الذبائح والصيد، باب: إذا أصاب القوم غنيمة 232/60)، ومسلم في الأضاحى، باب: جواز الذبح بكل ما أنهر الدم: (1558/3)).

(7) اللبة: المنحر وهي موضع نحر البعير، وقال ابن قتيبة: من قال إنها النقرة في الحلق فقد غلط (المصباح المنير ص 547).

(8) أخرجه الدراقطني: (251/3)، والبيهقي: (278/9)، وسنده ضعيف، وأخرجه عبد الرزاق: (495/4) موقوفا على ابن عباس وابن عمر (نصب الراية: 185/4).

(9) انظر: المدونة: (428/1)، الرسالة (ص 185).

(10) انظر: المدونة (428/1).

(11) أخرجه الحاكم: (21/4)، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه.

لإيلامها، إن تمادى حتى قطع الرأس أو زلت[1] السكين بحدتها فأبانه[2]، لم يحرمها، لأن شرائط الذكاة قد حصلت.

فصل [3. في كون الذكاة لا تخرج عن الحلق واللبة]

الذكاة لا تخرج عن الحلق واللبة، فالنحر في الإبل والذبح في الغنم والبقر، فإن نحرت البقر من غير ضرورة جاز أكلها[3]؛ وإنما قلنا ذلك لورود السنة به، واتصال العمل من المسلمين في كل الأعصار به، أما الإبل فإن رسول الله ﷺ نحرها[4]، ولا يحفظ عن أحد فيها الذبح.

وأما الغنم فإنه ﷺ ذبحها[5]، ولم يرو عن أحد أنه نحرها.

وأما البقر، فإن المستحب فيها الذبح، لقوله تعالى: ﴿**إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تَذۡبَحُواْ بَقَرَةٗ**﴾[6]، وإن نحرت جاز لما روي أنه ﷺ نحر عن نسائه البقر[7]، وقيل: إن الفرق بين الإبل والغنم أن عنق البعير طويل، فيبعد خروج الدم من الجوف إلى موضع الذبح منه فيكون في ذلك تعذيبه، وزيادة ألم في خروج روحه، والنحر أسهل وأخف، لأنه في آخر العنق فيكون متوسط بين الرأس وباقي البدن.

وأما الشاة، فإن عنقها قصير ولا لبة لها، فلا يتمكن من نحرها إلا بما يقرب من جوفها، فكان الوجه فيها الذبح، فإذا ثبت هذا فإن ذبح بعير أو نحرت شاة: فإن كان لضرورة جاز أكلها مثل أن تقع في بئر أو مضيق لا يوصل منه إلى موضع الذبح من الشاة أو النحر من البعير أو ما أشبه ذلك.

---

(1) في (م): زلت.
(2) فأبانه: سقطت من (م).
(3) انظر: المدونة: (1/427- 428)، والتفريع: (1/402)، الرسالة (ص185).
(4) سبق تخريج حديث جابر في الهدى الذي أخرجه مسلم.
(5) كذلك سبق تخريج حديث: "أنه ضحى بكبشين ذبحهما بيده".
(6) سورة البقرة، الآية: 67.
(7) أخرجه البخاري في الأضاحي، باب: الأضحية للمسافر والنساء: (6/235).

وإنما أجزنا لقوله ﷺ:"**إنما الذكاة في الحلق واللبة**"[1] فأطلق، ولأنه من الأنعام فجاز أن يستباح بالذبح أو النحر، فإن كان من غير ضرورة فاختلف فيه على وجهين: أحدهما: أنه لا يؤكل تحريما، والآخر: أنه يكره ولا يحرم، وزاد ابن بكير[2] وجهًا ثالثا: وهو أنه قال: يؤكل البعير إذا ذبح، ولا تؤكل الشاة إذا نحرت[3]، فوجه التحريم هو أن من ذبح بعيراً أو نحر شاة، فقد أتى بالذكاة على خلاف الوجه المأمور به الشرع فأشبه من ذبح من القفا، أو أبقى شيئاً من الأوداج.

ووجه الكراهة[4] هو أن ذلك جائز مع الضرورة، فلو لا أنه يكون ذكاة مع عدمها على وجه، وإلا لم يجز كالطعن في الفخذ، وأما ابن بكير فإنه فصل بينهما بأن قال: إن البعير له موضع الذبح، وإنما عدل إلى النحر، لأنه أقل لتعذيبه والشاة لا منحر لها، لأن موضع لبتها يقرب من خاصرتها، فيكون كالطاعن في جوفها، وهذا تلزم عليه الضرورة.

فصل [4. ذكاة الجنين بذكاة أمه]

إذا ذكيت البهيمة فخرج من جوفها جنين ميت كامل الخلق نابت الشعر كان ذكيا بذكاتها[5]، خلافا لأبي حنيفة في منعه أكله[6]، لقوله ﷺ: "**ذكاة الجنين ذكاة أمة**"[7]، ولأن التذكية في الشرع بحسب القدرة والتمكين، وتذكية الجنين لا يوصل إليها إلا بأن تذكى أمه فيذكى بذكاتها، ولأن الجنين

---

(1) سبق تخريج الحديث قريبا.

(2) **ابن بكير:** أبو بكر محمد بن أحمد بن عبد الله بن بكير، التميمي البغدادي: تفقه بالقاضي إسماعيل، وعنه ابن الجهم والتسترى (ت 305 هت) (شجرة النور الزكية. ص: 78).

(3)انظر: المقدمات: (429/1).

(4) في (م): الكراهية.

(5) انظر: الموطأ: 490/20)، التفريع: (402/1)، الرسالة (ص185).

(6) انظر: مختصر الطحاوي (ص298)، مختصر القدورى مع الشرح الميداني: (228/3).

(7) أخرجه أبو داود في الضحايا، باب: ما جاء في ذكاة الجنين: (34/2)، وابن ماجه في الذبائح، وباب: ذكاة الجنين: (1067/2)، والترمذي في الصيد، باب: في ذكاة الجنين: (60/4)، وقال: حديث حسن، وأحمد: (39/3).

المتصل بأمه تابع لها في كل[1] الأحكام الثابتة لها، وكذلك في الذكاة، ولأن ما امتنع مفردًا من المأكول يذكى بذكاة أصله على وجه كسائر الأعضاء.

فصل [5. إذا لم يشعر الجنين أو نزل حيا]

وإنما شرطنا نبات الشعر خلافاً للشافعي[2]؛ لأن ذلك علامة نفخ الروح فيه؛ لأن الروح[3] لا يكون إلا فيما قد تم خلقه، فأما ما لم ينزل ميتا فإن ذكاة الأم لا تؤثر فيه، وفي بعض الحديث: "ذكاة الجنين ذكاة أمه إذا أشعر"[4].

فصل [6. في تحريم الميتة وما في معناها]

حرم الله تعالى الميتة وما في معناها من المنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وأكيلة السبع، واستثنى تعالى من التحريم ما ذكى، فدلَّ على أن ما يذكى بعد حصول هذه الأشياء فإنه يؤكل[5]، والمنخنقة: ما تخنق بحبل أو ما في معناها، والموقوذة: التي تضرب بالخشب حتى تموت، والمتردية: التي تسقط من مكان علي[6] فتتلف، والنطيحة: ما نطحها[7] ذات القرن فتتلف أو تقارب التلف، وما أكل السبع: هو ما فرسه وهذا كله إذا أصابه ما ذكرناه فلا يخلوا من ثلاثة أحوال: إما أن تخرج روحه معه فيلحق بالميتة؛ لأن الميتة المحرمة هي ما تلف حتف أنفه مما يحتاج إلى ذكاة، أو بوجه ليس بذكاة مثل ذبح المجوسى، أو بغير آلة الذبح وكل[8] هذا موجود في مسألتنا.

---

(1) كل: سقطت من (م).
(2) انظر: الإقناع (ص 184).
(3) فيه لأن الروح: سقطت من (م).
(4) أخرجه مالك في الموطأ: (490/2) موقوفاً على سعيد بن المسيب.
(5) في جملة هذه الأحكام انظر: المدونة: (434/1)، والتفريع: (402/1- 403)، الرسالة (ص185- 186).
(6) في (م): عال.
(7) في (م): ما تنطحها.
(8) كل وكله: سقطت من (م).

وإنما قلنا: إن ذلك كله[1] ميتة؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾[2]، وقال: "والذكاة في الحلق واللبة"[3]، فانتفى أن تكون ذكاة سواها، وقال: "ما أفرى[4] الأوداج وذكر اسم الله فكل" [5]، وهذا معدوم في مسألتنا.

والثانية: أن يصيبها من[6] ذلك ما ينحتها ولا يصيب منها مقتلا، ويمكن أن تبقى معه غالبا سواء انتقض منها بعض البنية أو لم ينتقض، وذلك مثل أن يلحقها مرض أو كسر يد أو رجل أو ما أشبهه، فهذه تذكى وتؤكل، وإنما قلنا ذلك لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾[7]، فاستثنى ما استدركت تذكيته من التحريم، ولأن أشد ما في بابها أن تكون مريضة مثخنة، وذلك لا يمنع تذكيتها ما لم تبلغ حال النزع.

والثالثة: أن يصيبها من ذلك ما لا تعيش معه مثل أن تنفذ مقاتلها[8]، أو يخرج السبع حشوتها أو يرض دماغها أو ما أشبه ذلك مما لا يجوز أن تبقى معه، وإما قطعا أو غالباً، فهذه لا تصح تذكيتها، والأصل فيه أن الذكاة تعمل في الحي دون الميت، وما هو في حكم الميت لا تعمل فيه، وهذه في حكم الميت، لأن الحركة الباقية فيها مستعارة كحركة[9] المذبوحة، فلا تصح تذكيتها.

---

(1) كل وكله: سقطت من (م).
(2) سورة المائدة، الآية: 3.
(3) سبق تخريج حديث.
(4) في (ق): فرأ.
(5) سبق تخريجه.
(6) في (م): مثل.
(7) سورة المائدة، الآية: 3.
(8) في (ق): مقاتله.
(9) في (م): كجرحه.

فصل [7. إذا وقع البعير أو البقرة أو الشاة في بئر ولم يقدر على تذكيته]

إذا وقع البعير أو البقر أو الشاة في بئر ولم يقدر على إخراجه ولا على تذكيته في حلقه أو لبته لم يؤكل بعقره في موضع من بدنه[1] خلافا لأبي حنيفة والشافعي[2]؛ لأنه مما ذكاته النحر أو الذبح فلم يزل عن ذلك باختلاف حالاته، أصله إذا هرب من يده[3]، واحتاج إلى أخذه أو صعب عليه، وكان وحده ولم يتمكن أن يعقله لينحره، ولأن[4]، أكثر ما في بابه أن يخاف عليه التلف متى[5] تركه، وذلك لا يبيح استعجال تذكيته على غير وجهها المأذون فيه مع القدرة عليه، أصله إذا أخذها سبع ولم يعقرها، وخاف إن بقيت معه أن يعقرها، فبادر برميها فإنها لا تؤكل.

فصل [8. إذا توحش المتأنس]

الحيوان المتأنس كبهيمة الأنعام إذا توحش شيء منه ولحق بالوحش لم يؤكل إلا بذكاة المتأنس[6] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[7]، وقوله ﷺ: "**الذكاة في الحلق واللبة**"[8]، وأشار إلى جملة الذكاة، ولأن توحشه لم ينقله عن أحكام المتأنس من سقوط الجزاء عن المحرم قتله، وجوازه في الضحايا والهدايا والعقيقة، فكذلك في الذكاة، فنقول: لأن الذكاة في الحلق واللبة من حكم المتأنس فلم يزل عنه بالتوحش أصله ما ذكرناه.

---

(1) انظر: المدونة: (428/1)، التفريع: (402/1).
(2) انظر: مختصر: الطحاوي (ص199)، المهذب: (255/1)
(3) من يده: سقطت من (م).
(4) انظر: في (م) ولكن.
(5) في (م) مع.
(6) انظر: المدونة: (423/1- 424)، التفريع: (402/1): الرسالة (ص187).
(7) انظر: مختصر القدوري- مع شرح الميداني: (228/31)، المهذب (255/2).
(8) سبق تخريج الحديث.

فصل [9. لا يؤكل المقدور عليه المتأنس طبعا أو بعد توحش إلا بذكاة]

لا تؤكل الإنسية بما يؤكل به الصيد من إرسال السهام والجوارح سواء كان مما أصله التأنس كالأنعام والدجاج والفراخ، أو مما أصله التوحش كالغزلان والأرانب ثم تأنس، وزال عنه الاستيحاش؛ لأنه مقدور عليه، فلا يكون ذكاته العقر، وأما المتأنس طبعاً فقد بيَّنا أن ذلك لا يبيحها، وإذا توحشت، فما دامت لم تتوحش فهي عن ذلك أبعد[1].

فصل [10. فيمن ضرب عنق بعير]

ومن ضرب عنق بعير فلا يأكله، لأن ذلك قتل وليس بذكاة[2]؛ لأن الذكاة في الحلق واللبة، وهذا لم يذكِّه في حلقه ولا لبته.

فصل [11. توجيه الذبيحة إلى القبلة]

يستحب للذابح أن يوجه ذبيحته إلى القبلة[3]، لأن رسول الله ﷺ كان يفعل ذلك[4]، ولأنه إذا لم يكن بد من جهة يتوجه إليها كانت جهة القبلة أولى.

فصل [12. التسمية على الذبيحة]

والتسمية مسنونة[5] لأمره ﷺ بها في الصيد[6] ولا فرق بين ذلك وبين الذبح، ولأنه ﷺ سمى حين ذبح أضحيته[7]، فإن تركها ناسيا جاز؛ لأن ترك السنن ناسياً لا يبطل العبادة، وإن تعمد تركها قال مالك: لا تؤكل[8]؛ فمن

---

(1) انظر: المدونة: (423/1- 424)، التفريع: (402/1)، الرسالة (ص187).
(2) انظر: التفريع: (403/1).
(3) انظر المدونة: (428/1)، التفريع: (401/1)، الرسالة (ص 185).
(4) لم أعثر على تخريج لهذا الخبر، وإنما هو مروى عن بعض التابعين (مصنف عبد الرزاق: 489/4).
(5) انظر: المدونة: (428/1- 429)، التفريغ: (401/1)، الرسالة (ص 185).
(6) كما جاء في أحاديث الصيد التي سبقت.
(7) كما جاء في حديث أنس قال: ضحى النبي ﷺ بكبشين أملحين أقرنين ذبحهما بيده وسمى وكبر.. أخرجه البخاري في الأضاحي، باب: التكبير عند الذبح: (238/6)، ومسلم في الأضاحي، باب: استجاب الأضحية: (1556/3).
(8) انظر: التفريع: (401/1)، الكافى (ص 179).

أصحابنا من حمله على التحريم تغليظا لئلا يستخف بالسنن، ومنهم من قال: هي شرط بالذكر ساقطة بالنسيان، ومنهم من حمله على الكراهة[1]؛ لقوله ﷺ: "الذكاة في الحلق واللبة"[2]، ولم يذكر التسمية، ولأنه قول باللسان فلم يكن شرطاً في إباحة الذبيحة كالصلاة على النبي ﷺ.

فصل [13. في إراحة الذبيحة]

وينبغي للذابح أن يحد شفرته، ويريح ذبيحته لورود الخبر بذلك[3]، ولقوله ﷺ: "إذا قتلتم فأحسنوا القتله[4]"، وهذا من إحسانها.

---

(1) في (م): الكراهية.
(2) سبق تخريج الحديث.
(3) كما جاء في الجزء الأخير من الحديث الآتي حيث قال ﷺ: وليحد أحدكم شفرته، وليرح ذبيحته".
(4) أخرجه مسلم في الذبائح، باب: الأمر بإحسان الذبح: (1548/3).

باب: الأطعمة[1]

صيد البحر كله حلال غير محتاج إلى ذكاة، يجوزأكله ميتاً و بغير سبب طفى أو لم يطف على أي وجه تلف، صاده مسلم أو مجوسى[2]، خلافاً لأبي حنيفة في اعتباره أن يموت بسبب[3]، لقوله تعالى: ﴿**أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ**﴾[4]، ففرق بين الصيد والطعام، فدل أن الطعام ما مات بنفسه، وقوله ﷺ:"هو الطهور ماؤه، الحل ميتته"[5]، وفي حديث جابر[6]: أن أبا عبيدة[7] أصاب حوتاً ميتاً فأكل أهل الجيش منه ثمان عشرة ليلة ثم أعلموا النبي ﷺ فقال: "إنما هي طعمة أطعمكموها الله فهل معكم منها شيء؟!"[8]، واعتباراً بتلفه عن سبب بعلة أنه من صيد البحر.

فصل [1. حكم ما له شبه في البر]

لا فصل بين ما له شبه في البر وبين ما لا شبه له في جواز أكله، مثل كلب الماء وخنزيره وغير ذلك من أنواع صوره[9]، خلافا للشافعي[10]، لعموم الظواهر، ولأنه من صيد البحر كالذي لا شبه له.

---

(1) الأطعمة: جمع طعام، وهو ما يؤكل وما يشرب.

(2) انظر الموطأ: (2/494- 495)، التفريع: (1/405).

(3) انظر: مختصر الطحاوى (ص299) مختصر القدورى- مع شرح الميداني : (3/231).

(4) سورة المائدة، الآية 96.

(5) سبق تخريج الحديث.

(6) **جابر:** بن عبد الله بن عمر حزام أبو عبد الله، وقيل: أبو عبد الرحمن الأنصاري الصحابي من أهل بيعة الرضوان كان مفتى المدينة في زمانه، مات سنة ثمان وسبعين (انظر سير أعلام النبلاء: (3/189)، وشذرات الذهب: (1/84).

(7) **أبو عبيدة:** عامر بن عبد الله بن الجراح القرشى الفهري، المكي أحد السابقين الأولين، أمين هذه الأمة، ومناقبه شهيرة جمة، توفى سنة ثمان عشرة وله ثمان وخمسون سنة (انظر سير أعلام النبلاء: (1/5)، شذرات الذهب: (1/29)).

(8) أخرجه البخاري في الحج، إذا رأى المحرمون صيدًا (2/210)، ومسلم في الحج، باب: تحريم الصيد للمحرم: (2/852).

(9) انظر: المدونة: (1/419- 420)، التفريع: (1/405)، الكافى (ص187).

(10) انظر: المهذب: (1/250).

فصل [2. في أكل الطير]

يؤكل الطير كله ما له مخلب وما لا مخلب له[1]، خلافا لأبي حنيفة والشافعي[2]، لقوله عزَّ وجَلَّ: ﴿ قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٖ يَطۡعَمُهُۥٓ إِلَّآ أَن يَكُونَ مَيۡتَةً ﴾[3]، الآية، وقوله: ﴿ وَإِذَا حَلَلۡتُمۡ فَٱصۡطَادُواْ ﴾[4]، ولأنه ممنوع من الطير فأشبه سائرها.

فصل [3. في أكل سباع الوحش]

يكره أكل سباع الوحش من غير تحريم[5] خلافا لأبي حنيفة في قوله : إن جميعها حرام[6]، "والشافعي في قوله: حل الضبع والثعلب دون غيرهما [7]، لعموم الظواهر ولقوله ﷺ: الحلال ما أحله الله في القرآن، والحرام ما حرمه الله في القرآن، وما سكت عنه فقد عفا عنه"[8]، ولأن كل حيوان يظهر جلده بذبحه فلا يحرم أكله كسائر الصيود عندنا مع أبي حنيفة؛ لأنه يوافقنا في أن الذكاة تعمل في تطهير أهب جميع السباع، وعلى الشافعي، لأنه نوع من السباع لا يكفر مستحله كالضبع والثعلب.

فصل [4. أكل الحمر الأهلية والبغال]

أكل الحمر الأهلية مغلظة الكراهة[9] عند مالك، ومن أصحابنا من يقول: هو حرام[10] وليس كالخنزير، فوجه مالك قوله تعالى: ﴿ قُل لَّآ أَجِدُ فِي

---

(1) ا نظر المدونة: (427/1)، التفريغ: (405/1)، الكافي (ص 186).
(2) انظر: مختصر الطحاوى (ص 299)، مختصر القدورى مع شرح الميداني: (229/3) الإقناع (ص183)، المهذب: (248/1).
(3) سورة الأنعام، الآية: 145.
(4) سورة المائدة، الآية: 2.
(5)انظر: المدونة: (426/1)، التفريع: (406/1)، الكافى: (ص 186).
(6) انظر: مختصر الطحاوي (ص299)، مختصر القدورى مع شرح الميداني: (229/3).
(7) انظر: المهذب : (247/1).
(8) أخرجه البيهقي: (320/9)، وقال: رواه سيف بن هارون عن التيمي عن أبي عثمان عن سلمان مرفوعًا.
(9) في (م) : مغلظة الكراهية .
(10) انظر: المدونة: (427/1)، التفريع: (406/1).

﴿مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٖ يَطۡعَمُهُۥٓ﴾[1] الآية، وقوله: ﷺ"ما سكت عنه فقد عفا عنه"[2]، ولأنه حيوان معد للركوب كالخيل، ووجه التحريم ما روي أنه ﷺ حرم لحوم الحمر الأهلية[3]، وحكم البغال حكم الحمير.

فصل [5. في حكم أكل الخيل]

فأما الخيل فيكره أكلها[4]، خلافا لأبي حنيفة والشافعي في قولهما: إنه مباح من غير كراهة[5]، لقوله تعالى: ﴿لِتَرۡكَبُوهَا وَزِينَةٗ﴾[6]، ففرق بينهما وبين الأنعام، وأخبر عن المقصود منها وهو الركوب والتجميل[7]، بخلاف المقصود من الأنعام، ولأنه ذو حافر، فجاز أن يتعلق المنع بأكله، أصله الحمير والبغال، ولا يدخل عليه حمير الوحش لما قلنا[8] فجاز، ويمكن أن نحترز بأن نقول: متأنس، ولأن الخيل محتاج إليها للجهاد عليها، ففي إباحة أكلها تطريق إلى انقطاع نسلها.

فصل [6. في حكم أكل الجراد]

الجراد عند المالك لا يؤكل إلا إذا مات بسبب وقال محمد بن عبد الحكم: يؤكل وإن مات بغير سبب[9]، فوجه قول مالك: إنه من حيوان البر كسائر الحيوان، ووجه قول محمد قوله ﷺ: "أُحلت لنا ميتتان فذكر: السمك والجراد"[10].

---

(1) سورة الأنعام، الآية 145.
(2) سبق تخريج الحديث قريباً.
(3) أخرجه البخاري في الذبائح، باب: لحوم الخيل: (229/6)، ومسلم في الذبائح، باب إباحة أكل لحم الخيل: (1548/3).
(4) انظر: التفريع: (406/1)، الكافى (ص187).
(5) انظر: مختصر الطحاوي (ص 299)، المهذب: (246/1).
(6) سورة النحل، الآية: 8.
(7) في (م): التحمل.
(8) في (ق): لأنا قلنا.
(9) انظر: المدونة: (419/1-420)، الكافى: (ص 187).
(10) أخرجه ابن ماجه في الصيد، باب: صيد الحيتان والجراد (1073/2)، وفي إسناده عبد الرحمن ابن زيد بن أسلم وهو ضعيف، وأحمد: (97/2)، والدار قطني: (271/4-272)، والبيهقي: (257/9)، وابن حبان في الضعفاء وقال في التنقيح: وهو موقوف في حكم المرفوع (انظر: نصب الراية: 202/4).

فصل [7. في الانتفاع بجلد الميتة]

في جلد الميتة إذا دبغ روايتان[1]: إحداهما: أنه نجس، وأن الدباغ لا يعمل في تطهيره بوجه والأخرى: إنه يطهر بالدباغ وهي مخرجة على رواية ابن عبد الحكم في جواز بيعه بعد الدباغ إذا بين له، وهو قول لابن وهب وأبي حنيفة والشافعي[2] فوجه الرواية الظاهرة قوله عزَّ وجَلَّ: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ﴾[3] وقوله ﷺ: "لا تنتفعوا من الميتة بشيء"[4]، ولأنه جزء من الميتة نجس بالموت، فوجب أن تتأبد نجاسته كاللحم، ولأنه لما نجس بالموت استحال أن يطهر مع بقاء علة تنجسه، ووجه الأخرى قوله ﷺ: "أيما إهاب دبغ فقد طهر"[5]، وسائر الأخبار الواردة في الدباغ، ولأنها نجاسة طرأت على جلده تعمل الذكاة في لحمه، فوجب أن يطهر بالدباغ كجلد المذكى.

فصل [8. فيما يستعمل فيه جلد الميتة]

يجوز استعماله في اليابسات دون المائعات[6]، خلافاً لأحمد بن حنبل[7]؛ لأن الأخبار تدل على ضرب من الإباحة، وقد ثبت أنه ليس المراد بها الطهارة، فلم يبق إلا نوع من الانتفاع، وإنما خصصنا اليابس، لأنه لا يصل إليه شيء من النجاسة بخلاف الرطب.

---

(1) انظر: الموطأ: (498/2) التفريع: (408/1)، الرسالة: (ص 186)، الكافى: (ص 188-189).

(2) انظر: مختصر القدوري مع شرح الميداني: (230/3-231)، حاشية قليوبي وعميرة: (304/1).

(3) سورة المائدة، الآية: 3.

(4) أخرجه أبو داود في اللباس، باب: من روى أن لا ينتفع بإهاب الميتة (371/4)، والنسائي في الفرع والعتيرة، باب: ما يدبغ به جلود الميتة: (154/7)، وابن ماجه في اللباس، باب: من قال: لا ينتفع من الميتة بإهاب: (1194/2)، والترمذي في اللباس، باب: ما جاء في جلود الميتة إذا دبغت: (194/4)، وقال: حديث حسن.

(5) أخرجه مسلم في الحيض، باب: طهارة جلود الميتة بالدباغ: (277/1).

(6) انظر: التفريع: (408/1)، الكافى (ص 189).

(7) انظر: مسائل الإمام أحمد (ص 12)، مختصر الخرقي، (ص 16).

فصل [9. عدم طهارة جلد الخنزير]

على الرواية الأخرى لا يطهر جلد الخنزير بحال خلافاً لأبي يوسف وداود[1] للظواهر، ولأن الدباغ يخلف الذكاة فيما تأتي الذكاة فيه ويمتنع فيما لا ذكاة فيه.

فصل [10. في الانتفاع بجلد الميتة قبل الدباغ]

لا يجوز الانتفاع بجلد الميتة قبل الدباغ[2] خلافاً لمن أجاز ذلك[3]، لأنه نجس، وإنما شرط الدباغ في تطهيره أو في إباحة الانتفاع به، فإن خالفوا في نجاسته قبل الدباغ دللنا عليه بالظواهر، وأنه جزء من الميتة كانت فيه حياة، فوجب أن ينجس بالموت كاللحم، فإن خالفونا[4] في إباحة الانتفاع به دللنا عليه بقوله ﷺ: "ما على أهلها لو أخذوا جلدها فدبغوه فانتفعوا به"[5] وفي حديث عائشة (رضي الله عنها): "أنه ﷺ أمر أن يستمتع بجلود الميتة إذا دبغت"[6].

فصل [11. في عظم الميتة وقرنها]

عظم الميتة وقرنها نجس[7] خلافاً لأبي حنيفة[8]، لأنه جزء كانت فيه حياة كاللحم، ويدل على أنه كانت فيه حياة قوله تعالى: ﴿قُلْ يُحْيِيهَا ٱلَّذِىٓ أَنشَأَهَآ أَوَّلَ مَرَّةٍ﴾[9]، ولأن الإدراك يقع به كاللحم.

---

(1) انظر: مختصر القدوري - مع شرح الميداني: (231/3)، المغني، (ص 66)، المحلي: (153)
(2) انظر: التفريع: (408/1)، الرسالة: ص: 186، الكافي: ص:188-189.
(3) أجازه الزهري (انظر: المغنى: 66/1).
(4) في (م): خالفوا.
(5) أخرجه أخرجه البخاري في الدباغ، باب: جلود الميتة (221/6)، ومسلم في الحيض، باب: طهارة جلود الميتة بالدباغ: (277/1).
(6) أخرجه أبو داود في اللباس، باب: إهاب الميتة (368/4)، وابن ماجه في اللباس، باب: جلود الميتة إذا دبغت: (1194/2)، والنسائي في الفرع، باب: الرخصة في الاستمتاع بجلود الميتة إذا دبغت: (155/7)، وقال فيه: عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان عن أبيه عن عائشة.
(7) انظر: التفريع: (408/1)، الكافي: (ص 188).
(8) انظر مختصر الطحاوي (ص 17)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (24/1).
(9) سورة يس، الآية: 79.

فصل [12. طهارة شعر الميتة وصوفها]

شعر الميتة وصوفها[1] طاهر خلافاً للشافعي[2]، لقوله تعالى: ﴿وَمِنْ أَصْوَافِهَا وَأَوْبَارِهَا وَأَشْعَارِهَآ﴾[3] فعم، وقوله ﷺ "لا بأس بصوفها إذا غسل بالماء"[4]، ولأنه لا حياة فيه فاستحال أن ينجس بالموت، يبيّن ذلك أن الإدراك لا يقع به، وأن أخذه جائز حال الحياة ولا يكون نجساً بخلاف اللحم والجلد.

فصل [13. في شعر الخنزير]

لا فرق بين شعر الخنزير وغيره[5]، لأن أكثر ما في الخنزير أن يكون ميتة[6].

فصل [14. في أكل ذبيحة أهل الكتاب]

يجوز أكل ذبيحة[7] أهل الكتاب[8]، لقوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ﴾[9] فعم، ولأن كل جنس جاز نكاح نسائهم جاز أكل ذبائحهم كالمسلمين، عكسه المجوس، وإن جاز أكل ذبائحهم جاز أكل سائر أطعمتهم.

فأما إذا خيف منهم استعمال النجاسة كالخمر والخنزير وغير ذلك، فيجب اجتنابها إلا ما نشاهد منها سليماً من إصابتها إياه.

---

(1) انظر: التفريع: (408/1)، الرسالة: (ص 186)، الكافي: (ص 189).
(2) انظر: مختصر المزني: 1.
(3) سورة النحل، الآية: 80.
(4) أخرجه الدار قطني عن أبي بكر الهذلي، وهو متروك (انظر نصب الراية: 118/1).
(5) في (م): وجلده.
(6) انظر: التفريع: (408/1)، الكافي: (ص 189).
(7) في (م): ذبائح.
(8) انظر: المدونة: (431/1-433)، التفريع: (406/1)، الرسالة: (ص 187).
(9) سورة المائدة، الآية 5.

فصل [15. طعام وذبائح المجوس]

طعام المجوس الذي لا يحتاج إلى ذكاة يجوز أكله، ولا يؤكل ما ذكُّوه[1]، لقوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَّهُمْ﴾[2]، فدلَّ على أن غيرهم بخلافهم، ولأن كل من لا ينكح نساؤهم فلا يؤكل ذبائحهم كالمرتدين والوثنيين عكسهم أهل الكتاب.

فصل [16. في شحوم اليهود]

شحوم اليهود المحرمة عليهم مكروهة عند مالك، وليست بمحرمة، وعند ابن القاسم وأشهب أنها حرام، وقيل: إنه مروي عن مالك[3]، وعند أبي حنيفة والشافعي أنها مباحة غير مكروهة، فوجه التحريم أنها ذكاة قصد مذكيها إلى محلّل محرم في اعتقاده فوجب أن يبيح ما يعتقد تحليله دون ما يعتقد تحريمه، أصله المسلم إذا ذبح الشاة، فإن التذكية تنصرف إلى اللحم دون الدم.

ووجه الإباحة أن اليهودي يعتقد استباحة الشاة، وإنما يعتقد تحريم بعض منها واعتقاده ذلك باطل عندنا، فكان كالمسلم يعتقد بالذبح إباحة اللحم دون الشحم،فإذا كان ذلك غير مؤثر فكذلك ها هنا، ووجه الكراهة أنه لما[4] لم يقصد اللحم بالتذكية، فأشبه الدم الذي لا يقصده المسلم بالتذكية، ولأن الأفضل أن يكون كلما يؤكل مقصود كاللحم.

---

(1) انظر: المدونة: (1/48-419)، التفريع: (1/406)، الرسالة: (ص 187).
(2) سورة المائدة، الآية: 5.
(3) انظر: التفريع: (1/406)، الرسالة: (ص 187)، الكافى: (ص187).
(4) لما: سقطت من (ق).

فصل [17. ما ماتت فيه الفأرة من الطعام والشراب]

ما ماتت فيه الفأرة، من الطعام والشراب ألقيت وما حولها إن كان جامداً وأكل باقيه[1]، إلا أن يطول مقامها فيه فيطرح جميعه، وأما المائع فيطرح كله[2]، وإنما قلنا ذلك، لقوله ﷺ، وسئل عن فأرة وقعت في سمن: "إن كان جامداً فألقوها وما حولها، وإن كان مائعاً فأريقوه" [3]، ولأنه إذا كان جامداً لم تتعد النجاسة موقع وقوعها وما جاوره، ولم تسر إلى باقيه، وليس كذلك إذا كان مائعاً، لأنها تنتشر فيه وتسري إلى باقيه، وكذلك إذا أطال مقامها في الجامد ذابت وتفرقت أجزاؤها وانتشرت إلى جميعه.

فصل [18. فيمن يضطر إلى أكل الميتة]

المضطر الخائف على نفسه التلف له أن يأكل الميتة للظاهر[4]، والإجماع[5]، وفي قدر ما يؤكل منه روايتان: إحداهما ما يسد به رمقه، والأخرى حتى يشبع[6].

فوجه الأولى: أن الإباحة لحفظ[7] النفس، فإذا وجد لم تجز الزيادة عليه، لأنه يخاف التلف اعتباراً بالسبع[*].

ووجه الثانية: عموم الظاهر، ولأن الضرورة حاصلة فيما دون التلف كحصولها مع خوفه، فجاز له أكلها، وله أن يتزود منها احتياطاً واستظهاراً لجواز أن يدوم به العدم، فإن استغنى عنها طرحها.

---

(1) في (م): باقيها.
(2) انظر: الموطأ: (971/2) التفريع: (407/1)، الرسالة: (ص 186-187).
(3) أخرجه أبو داود في الأطعمة، باب: في الفأرة تقع في السمن: (181/4)، وابن حبان في صحيحه، وأصله في صحيح البخاري ولفظه: "خذوها وما حولها، وكلوا سمنكم" في الذبائح والصيد، باب: إذا وقعت الفأرة في السمن الجامد أو الذائب (232/6).
(4) من قوله تعالى:"وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم"[الأنعام الآية: 119] وغيرها من الآيات.
(5) المجموع: (39/9)، المغني: (595/8)، فتح الباري: (65/10).
(6) انظر: الموطأ: (499/4) التفريع: (407/1)، الرسالة: (ص 186).
(7) في (م): تحفظ.
(*) كذا والظاهر الصواب أنها (بالشبع).

باب: الأشربة[1]

الخمر[2] مجمع[3] على تحريمها[4]، وورود القرآن والمتواتر من الأخبار بذلك، ووقوع العلم الضروري به من دين الأمة مغن عن زيادة عليه، فإذا ثبت ذلك فالمجمع عليه هو عصير العنب النيء الذي لم تمسه النار، فأما ما عداه فإن كل شراب أسكر كثيره فقليله حرام نيئاً كان أو مطبوخاً من أي نوع كان من عنب أو زبيب أو تمر أو رطب[5]، أو بسر أو دبس أو عسل أو ذرة أو شعير أو قمح[6] أو أي شيء كان[7] هذه الجملة يوافقنا فيها الشافعي[8]، ولأبي حنيفة في ذلك تفصيل يطول شرحه إلا أنه يبيح في الجملة نبيذ التمر المسكر المطرب إذا شرب منه قدراً لا يبلغ بشاربه السكر[9].

فدليلنا من وجهين: أحدهما: إثباتنا ذلك كله خمراً، والآخر: الاستدلال على عين المسألة، فأما إثباتها خمراً فله طريقان: الأخبار والقياس، فالأخبار ما روى النعمان بن بشير[10]: أن رسول الله ﷺ قال: "إن من العنب خمراً، وإن من الزبيب خمراً، وإن من التمر خمراً، وإن من العسل خمراً، وإن من

---

(1) الأشربة: القصد من هذا الباب بيان ما يجوز شربه وما يحرم.
(2) الخمر: من الخمار الذي تغطي به المرأة رأسها (المغرب (ص154)، المصباح المنير(ص181).
(3) في (ق): مجموع
(4) انظر: شرح مسلم - للنووي: (243/7)، المحلى: (230/8)، فتح الباري: (33/10).
(5) رطب: سقطت من (ق).
(6) قمح: سقطت من (ق)
(7) انظر: الموطأ: (844/2- 848) ، التفريع: (410/1)، الكافى (ص190- 191).
(8) انظر: مختصر المزنى (ص266).
(9) انظر: مختصر الطحاوي (ص281)، مختصر القدورى مع شرح الميداني: (214/3- 315).
(10) **النعمان بن بشير**: بن سعد بن ثعلبة الأنصاري الخزرجي له ولأبويه صحبة، ثم سكن الشام، ثم ولى إمرة الكوفة، ثم قتل بحمص سنة خمس وستين، وله أربع وستون سنة (انظر تقريب التهذيب (ص563)، شذرات الذهب: (72/1).

الشعير خمراً، وأنهاكم عن كل من مسكر"[1]، وروي: أن أبا هريرة[2] قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: "الخمر من هاتين الشجرتين النخلة، والعنبة"[3]، وروى ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: "كل مسكر حرام، وكل مسكر خمر"[4] وعند المخالف: أن نبيذ التمر لا يكون خمراً على وجه أسكر، أو لم يسكر، وفي حديث أنس: أن الخمر لما حرمت قال أبو طلحة[5]: قم إلى هذه الجرار فأكسرها[6]، وكان فيها شراب من بطيخ وتمر، فأما القياس، فلما علمنا أن العرب إنما سمعت الخمر بهذا الاسم لوجود الإسكار والشدة المطربة، ولم يوافقونا على قصر ذلك على جنس ما توجد فيه دون غيره وجب إجراء العلة حيث وجدت، وعلمنا بأنها [7] علة بالطريق الذي به تعلم العلل، وهو وجود الحكم بوجودها وارتفاعه بارتفاعها، لأن العصير ما لم يشتد يسمى خمراً، فإذا اشتد سمي بذلك، فإذا زالت الشدة زال الاسم فثبت ما قلناه، فأما الاستدلال على نفس المسألة : بالنقل المستفيض روت عائشة- رضى الله عنها – أنه ﷺ سئل عن البتع ؟ فقال: "كل شراب أسكر فهو حرام"[8] قال الراوي: البتع هو نبيذ العسل[9]، وروى ابن عمر

---

(1) أخرجه أبو داود في الأشربة، باب: الخمر ما هي: (83/4)، والترمذي في الأشربة، باب:ما جاء في الحبوب التي يتخذها الخمر: (297/4)، وابن ماجه في الأشربة، باب: ما يكون منه الخمر: (1121/2)، والدارقطني: (253/4)، البيهقي: (289/8)، والحاكم: (148/4).

(2) في (ق): أن أبا بكر، والصحيح أن الحديث راوه أبو هريرة رضى الله عنهما.

(3) أخرجه مسلم في الأشربة، باب: بيان أن جميع مل ينتبذ مما يتخذ من النخل والعنب يسمى خمراً (1573/3).

(4) أخرجه مسلم في الأشربة ، باب: بيان أن كل مسكر خمر: (1587/3).

(5) **أبو طلحة**: هو زيد بن سهل بن الأسود بن حزام بن عمر وبن زيد الخزرجي البخارق صاحب رسول الله ﷺ ومن بني أخواله، وأحد أعيان البدريين، ملت سنة أربع وثلاثين (انظر سير أعلم النبلاء: (27/2)، شذرات الذهب: (40/1).

(6) أخرجه الإمام مالك في الموطأ: (847/2)، والبخاري في الأشربة، باب: نزل تحريم الخمر (141/6)، ومسلم في الأشربة، باب: تحريم الخمر: (1572/3).

(7) في (م): بأنه.

(8) أخرجه مسلم في الأشربة، باب: بيان أن كل مسكر خمر (1585/3)، والبخاري في الأشربة، باب: الخمر من العسل (242/6).

(9) في (م) : شراب العسل.

وأبو موسى قالا: قال رسول الله ﷺ "كل مسكر حرام"[1]، وروى جابر قال: قال رسول لله ﷺ: "ما أسكر كثيره فقليله حرام"[2]، وقالت عائشة – رضي الله عنها –: سمعت رسول الله ﷺ يقول: "كل مسكر حرام، وما أسكر الفرق منه فملء الكف منه حرام"[3]، ولأنه إجماع الصحابة [4]، ولأن عمر – رضي الله عنه – حد على شراب سأل عنه فقيل: إنه يسكر ولم ينكر عليه أحد، واعتبر السكر دون كونها خمراً؛ لأنه قال[5]: وجدت من فلان ريح شراب زعم أنه الطِلاء[6] وإني سائل عنه، فإن كان يسكر حددته[7]، ولم ينكر عليه أحد، ولأنه شراب يسكر كثيره، فوجب أن يحرم قليله كالخمر.

فصل [1. الحد على شارب المُسكِر]

إذا ثبت ما ذكرناه فعلى شاربه الحد اعتباراً بالخمر، ولا يراعى أأسكر القدر الذي شرب منه أو لم[8] يسكر، والحد فيه ثمانون[9]، خلافا للشافعي في قوله: أربعون[10]، لإجماع الصحابة عليه، وسؤال عمر – رضي الله عنه – وتعليل عليّ – رضي الله عنه –: بأنه إذا شرب سكر وإذا سكر هذى، وإذا هذى افترى فيجلد حد المفترى[11]، ولم ينكر عليه ذلك أحد، وروي عن عمر وعثمان

---

(1) سبق تخريج الحديث قريباً.
(2) أخرجه أبو داود في الأشربة، باب: النهى عن المسكر: (87/4)، والنسائي في الأشربة، باب: تحريم كل شراب أسكر كثيره: (268/8)، وابن ماجه في الأشربة، باب: ما أسكر كثيره فقليله حرام: (1125/2)، والترمذي في الأشربة، باب: ما أسكر قليله فكثيره حرام: (258/4)، وقال: حديث حسن غريب، وأخرجه أحمد: (33/3)، وصححه ابن حبان (انظر نصب الراية: (302/4)).
(3) أخرجه أبو داود في الأشربة، باب: ما أسكر كثيره فقليله حرام:(91/4)، الترمذي في الأشربة، باب: ما جاء ما أسكر كثيره فقليله حرام: (258/4)، وقال: حديث حسن، والفرق: مكيال معروف بالمدينة، وهو ستة عشر رطلاً، والجمع فرقان.
(4) انظر: المحلى: (270/8)، المغنى: (303/8).
(5) في (م): قال: إني.
(6) الطِلاء: كل ما يطلى به من قطران أو نحوه، ويقال لكل ما خثر من الأشربة: طلاء على التشبيه (المغرب ص 293).
(7) أخرجه البخاري في الأشربة، باب: الباذق وما نهى عن كل مسكر من الأشربة: (244/6)، ومالك:(842/2).
(8) في (م): أم لم.
(9) انظر: الموطأ: (842/1)، الرسالة (ص243).
(10) انظر: مختصر المزني: (ص 266)، الإقناع: (ص 170).
(11) أخرجه مالك (842/2).

وعلي وعبد الرحمن وابن مسعود وابن عباس وأبي موسى[1]؛ ولأنه ليس في الأصول حد يقصر عن ثمانين، فكان ما قاله خلافاً للأصول[2].

فصل [2. في منع تملك المسلم خمراً]

ولا يحل لمسلم أن يتملك خمراً خلافا لأبي حنيفة[3]، ولا شيئا من المسكر فمن وجدت عنده أريقت عليه[4]، للإجماع على إراقة الخمر، وحديث أبي سلمة[5]، أنهم أراقوا ما كان عندهم[6]، ولأنه ﷺ أمر بإراقتها[7]، فأما ظروفها فاختلف أصحابنا فقيل: يكسر جميعها وتشق، تأديباً له وردعا عن أن يمسكها ثانية، لأنه ﷺ أمر بإراقتها وشق ظروف الخمر التي كانت لليتيم[8]، وقيل: يشق منها ويكسر ما أفسدته الخمر ونجَّسته مما لا ينتفع به إلا في الخمر، وما عدى ذلك من الظروف التي إذا غسلت زال عنها الخمر جملة فلا تشق، لأنه لا فائدة في ذلك أكثر من إضاعة المال، وذلك منهي عنه.

فصل [3. الخمر إذا تخللت]

ومن عصى بإمساك الخمر حتى تخللت ولم يرقها جاز له أكلها ولا خلاف في ذلك[9] وإن تعمد تخليلها كره له ذلك، وجاز له أكلها[10]، (هذه الرواية الظاهرة، وعنه رواية أخرى أنه لا يجوز أكلها)"[11] تغليظا،

---

(1) في تخريج هذه الآثار انظر: الموطأ: (842/2- 843)، البيهقي: (318/8- 321)، المغنى: (307/8).
(2) في (م): خلاف الأصول.
(3) خلافا لأبي حنيفة: سقطت من (ق)
(4) انظر: الموطأ: (848/2)، التفريع: (410/1)، الكافي (ص191).
(5) **أبو سلمة**: ابن عبد الأسد بن هلال بن عبد الله بن عمر بن مخزوم بن كعب، أخو رسول الله ﷺ من الرضاعة، شهد بدراً، ومات بعدها بأشهر (انظر: سير أعلام النبلاء: (150/1).
(6) لم أجد حديث أبي سلمة، ولعله حديث أبي سعيد الخدري الذي أخرجه مسلم في المساقاة، باب: تحريم بيع الخمر: (125/3).
(7) أخرجه مسلم في المساقاة، باب: تحريم بيع الخمر: (1205/3).
(8) هو الحديث السابق الذكر.
(9) انظر: المغنى: (330/8)، فتح الباري: (535/10)، المجموع: (584/2).
(10) انظر: التفريع (410/1- 411)، الكافي (ص190).
(11) ما بين قوسين: سقطت من (م).

وقول الشافعي: إنه لا يجوز أكلها إذا خللت لبقائها على النجاسة، ودليلنا للرواية الظاهرة: أن التنجيس والحظر إنما كان لأجل الشدة فإذا زالت[1] وجب زوالها، لأن الحكم يجب زاوله بزوال علته، وإن شئت أن ترده إلى أصل، قلت: كما لو انقلبت بنفسها، ولأنه مانع نجس لوجود معنى لو زال بغير صنع آدمي لظهر، فكذلك يجب أن يزول بفعل الآدمى، أصله الماء إذا تغير من نجاسة ثم زال التغير[2].

فصل [4. في مؤاجرة الرجل نفسه أو داره أو غلامه في شيء من عمل الخمر]

لا يجوز أن يؤاجر الرجل نفسه ولا داره ولا غلامه ولا دابته في شيء من عمل الخمر[3]، خلافاً لأبي حنيفة في قوله إن ذلك جائز تجب الأجرة فيه[4]، لقوله تعالى:[5]، وهذا منه لأنه عقد إجارة على شيء[6] محظور فلم يجز، أصله إذا اكترى ليتلوط[7] به، أو امرأة ليزني بها.

فصل [5. في فسخ عقود إجارة عمل الخمر إذا أدركت قبل الفوات]

إذا ثبت منع ذلك، فإذا أدرك قبل الفوات فسخ العقد، وإن لم يدرك حتى فات أخذت الأجرة فتصدق بها ولم تترك على واحد منهما[8] عقوبة للمستأجر، ولأن عمل المؤاجر لا يستحق عوضا[9] عليه.

---

(1) في (م): زال.
(2) في (م): التغيير.
(3) انظر: التفريع: (40/1)، الكافى (ص190-191).
(4) والمذهب أنه لا يجوز الاستئجار.
(5) سورة المائدة: الآية: 2.
(6) في (م): على فعل.
(7) في (م): ليلوطه.
(8) انظر: التفريع: (410/1)، الكافى: (ص191).
(9) في (م): عملا

فصل [6. كراهية شرب الخليطين]

يكره شرب الخليطين من التمر والرطب، أو الزبيب والعنب أو التمروالبسر[1]، أو الزبيب والبسر، أو البسر والرطب[2] للنهي عن ذلك[3]، والمعنى فيه: أنه إذا جمع بين نوعين من هذا الأنواع أسرعت الشدة إليها وبطل على جامعها ما أراد من الانتباذ المباح، فإن فعل ذلك أساء، وينظر فإن وجدت [4] الشدة المطربة حرمت، وإلا جاز شربه ما لم يسكر، وخلطها للنبيذ والخل سواء.

فصل[7. جواز شرب العصير]

شرب العصير جائز لا خلاف فيه أعلمه[5]، لأنه غير مسكر ولا مخمر، فهو كأكل العنب، وكذلك العقيد إذا طبخاً لا يسكر معه، وينبغي أن يطبخ حتى يذهب منه الثلثان لأن ذلك حد لجواز شربه أو أكله، ولكن لا يؤمن منه تبقى فيه قوة الشدة، والعقيد أن يطبخ رب العنب والتمر حتى يذهب أكثره، ويثخر ثم يمزج بالماء ويشرب.

فصل [8. جواز الإنتباذ في كل الأوعية]

والانتباذ في كل الأوعية جائز إلا الدباء والمزفت [6]، لنهيه ﷺ عن الانتباذ فيهما[7]، والدُباء القرع، والمزفت المطلي بالزفت والقار كالدنان[8]، وغيرها، وإنما كره ذلك، لأن الشدة تسرع إليه، وإن سلم منها فلا بأس بشربه.

---

(1) البسر: ما لم ينضج من تمر النخل.

(2) انظر: الموطأ: (844/2)، التفريع: (410/1- 411)، الكافي: (ص191).

(3) ثبت عنه ﷺ "أنه نهى أن ينبذ التمر والزبيب جميعاً، ونهى أن ينبذ الرطب والبسر جميعاً" أخرجه البخارى في الأشربة، باب: من رأى أن لا يخلط البسر والتمر إذا كان مسكراً(245/6)، ومسلم في الأشربة، باب: كراهية انتباذ التمر والزبيب مخلوطين: (1574/3).

(4) في (م): حدثت.

(5) انظر: المحلى: (230/8)، شرح مسلم: (219/8)، فتح البارى: (3529/10، 38) المغنى: (317/8- 318).

(6) انظر: الموطأ: (844/1)، التفريع: (410/1)، الكافى: (ص191).

(7) أخرجه مسلم في الأشربة: باب: النهى عن الإنتباذ في المزفت: (1581/3)، ومالك (843/2).

(8) المزفت معروف، والقار: هو المزفت.

فصل [9. جواز شرب السوبية]

شرب السوبية جائز[1]، لأنه لا يسكر، وذكروا أنه شراب يعمل بمصر يشبه الفقاع وليس بمعروف عندنا ببغداد ولا بسائر العراق، وعلَّة المنع السكر، فإذا عدمت جاز شربه.. والله أعلم[2].

❦ ❦ ❦

(1) انظر: التفريع: (411/1)، المغنى: (318/8).
(2) والله أعلم: سقطت من (م).

كتاب النكاح وأبوابه والطلاق وما يتعلق به[1]

النكاح [2] مندوب إليه [3]، لقوله تعالى: ﴿ وَٱبۡتَغُواْ مَا كَتَبَ ٱللَّهُ لَكُمۡ ﴾[4]، وقوله: ﴿ وَأَنكِحُواْ ٱلۡأَيَٰمَىٰ مِنكُمۡ وَٱلصَّٰلِحِينَ مِنۡ عِبَادِكُمۡ وَإِمَآئِكُمۡۚ إِن يَكُونُواْ فُقَرَآءَ يُغۡنِهِمُ ٱللَّهُ مِن فَضۡلِهِۦ ﴾[5]وقوله ﷺ: "تناكحوا تناسلوا"[6] وقوله: "تزوجوا فإني مكاثر بكم الأُمم"[7]، وقوله "من استطاع منكم الباءة فليتزوج"[8]، وفيه أخبار كثيرة.

فصل [1. في حكم النكاح]

وليس بواجب خلافا لداود[9] اعتباراً بنكاح الأمة، ولأنه عقد معاوضة فلم يجب ابتداء بالشرع كالبيع، ولأن المقصود منه وهو الوطء غير واجب، فلم يكن هو واجبا.

---

(1) في (م): كتاب النكاح فقط.
(2) النكاح في اللغة: مأخوذ من الضم، وكذلك الدخول، في الاصطلاح قال ابن عرفة : النكاح عقد على مجرد متعة التلذذ بآدمية غير موجب قيمتها بينة قبله غير عالم عاقدها حرمتها إن حرمها بالكتاب على المشهور، أو الإجماع على الآخر (حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع (ص152)، والفواكه الدواني للنفراوى: (2/2)).
(3) انظر: الكافى (ص 229)، المقدمات: (1/45- 453)
(4) سورة البقرة، الآية: 187.
(5) سورة النور، الآية: 32.
(6) أخرجه البيهقى: (7/78)، وفيه محمد بن ثابت وهو ضعيف، وعن أنس صححه ابن حبان بلفظ: "تزوجوا الودود الولود..." (انظر تلخيص الحبير: (3/116)).
(7) أخرجه أبو داود في النكاح، باب: النهى عن تزويج من لم يلد من النساء: (2/542)، والنسائي في النكاح، باب كراهية تزويج العقيم: (4/54)، والحاكم: (2/162)، وقال صحيح الإسناد، وأحمد: (3/158)، والبيهقي: (7/78).
(8) أخرجه البخاري في النكاح، باب: الترغيب في الزوج: (6/117)، ومسلم في النكاح، باب استحباب النكاح: (2/1018).
(9) انظر: المغنى: (6/446)، نيل الأوطار: (6/117).

فصل [2. في تزويج الأب ابنته البكر الصغيرة]

وللأب إنكاح ابنته البكر الصغيرة من غير خلاف[1]، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿ وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ ﴾[2]، وقوله تعالى: ﴿ إِنِّىٓ أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَىَّ هَـٰتَيْنِ ﴾[3] وقوله: ﴿ وَٱلَّـٰٓـِٔى يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَـٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّـٰٓـِٔى لَمْ يَحِضْنَ ﴾[4]، فجعل على التي لم تبلغ عدة، والعدة لا تجب إلا عن فراق في نكاح صحيح، ولأن رسول الله ﷺ :تزوج عائشة – رضي الله عنها– وهي ابنة ست[5]، وبنى بها وهي ابنة تسع[6]، وروي أنه ﷺ زوج ابنتيه من عثمان – رضي الله عنه– ولم يستشرهما[7]، ولا خلاف فيه.

فصل [3. في تزويج الأب ابنته البكر الكبيرة]

وله إنكاح البكر، وإن بلغت جبراً[8]، خلافا لأبي حنيفة[9]، لقوله ﷺ: "تستأمر اليتيمة في نفسها"[10] فدلَّ على أن غيرها بخلافها، ولأنه لا يفتقر في عقد نكاحها إلى نطقها مع القدرة عليه كالصغيرة؛ ولأن كل ولاية تثبت للأب على الصغيرة البكر لم تزل بمجرد البلوغ، كالولاية في المال.

---

(1) انظر: الإجماع (ص91)، شرح مسلم: (148/6)، المغنى: (487/6)، فتح الباري: (156/9، 269/12).
(2) سورة النور، الآية 32.
(3) سورة القصص، الآية: 27
(4) سورة الطلاق، الآية: 4.
(5) في (م): سبع.
(6) أخرجه البخاري في النكاح، باب: إنكاح ولده الصغار: (134/6)، ومسلم في النكاح، باب: في تزويج الأب البكر الصغير: (1038/2).
(7) لم أعثر على تخريج لهذا الخبر.
(8) انظر الموطأ: (525/2)، المدونة: (140/2- 141)، التفريع: (29/2)، الرسالة (ص 196).
(9) انظر: مختصر الطحاوي (ص 172)، مختصر القدورى – مع شرح الميداني: (8/3).
(10) أخرجه أبو داود في النكاح، باب: في الاستئمار: (573/2)، والترمذي في النكاح، باب: إكراه اليتيمة، وقال: حديث أبي هريرة حديث حسن (408/3).

فصل [4. في استئذان البِكر الكبيرة]

إذا[1] ثبت ذلك فيستحب له استئذانها، لقوله ﷺ: "شاوروا النساء في أبضاعهن"[2]؛ ولأن ذلك أطيب لقلبها من غير ضرر يلحقه فيه، وقيل: إنه ربّما كان بها عيب لا يعلمه، ولو علمه لم يزوجها[3]، فإذا استأذنها أعلمته به فتحرز منه[4].

فصل [5.في إجبار البكر المعنسة]

وعنه في المعنسة؛ وهي التي قد علت بسنها[5]، وبرز وجهها وخبرت الأمور روايتان[6]: إحداهما: بقاء إجباره عليها، والأخرى زواله عنها.

فوجه بقائه: اعتباراً بغير المعنسة بعلة البكارة، ووجه زاوله: أن المعنى الموجب للإجبار في الصغيرة التي لم تعنس فله خبرتها بالأمور، وعدم معرفتها بمصالحها (وذلك منتف عن المعنسة لبروز وجهها ومعرفتها بمصالحها)[7]، فقام ذلك مقام الثيوبة في رفع الإجبار عنها.

فصل [6. في إجبار الثيب الكبيرة]

وليس للأب ولا غيره إجبار الثيب الكبيرة، ولا تزوج إلا برضاها، لقوله ﷺ: "الأيم أحق بنفسها من وليها"[8]، وروي: الثيب مفسراً، قوله: "ليس للولي مع الثيب أمرا"[9]، ولأنها قد خبر أمرها، وعرفت مصالح نفسها، وزال

---

(1) في (م): فإذا.
(2) أخرجه البيهقي: (123/8).
(3) في (م): يتزوجها.
(4) في (م) : فتجوز.
(5) في (م): سناً.
(6) انظر: المدونة: (142/2- 145)، التفريع: (29/2)، المقدمات: (475/1)، الكافي (ص 231).
(7) ما بين قوسين: سقط من (م).
(8) أخرجه مسلم في النكاح، باب: استئذان الثيب في النكاح: (1037/2).
ورواية: "الثيب" أخرجها مسلم كذلك في نفس الكتاب والباب والجزء والصفحة.
(9) أخرجه أبو داود في النكاح في الثيب: (578/2)، والنسائي في النكاح، باب: استئذان البكر في نفسها: (70/6)، وصححه ابن حبان، وهو على شرط الصحيحين.

الحجر عنها في مالها، فوجب انتفاء الإجبار عنها، ولأن الإجبار لو لم يزل عنها لم تبق امرأة تزوج بإذنها، ولا معنى لرفع الإجبار، وذلك باطل مع أنه لا خلاف فيه.

فصل[7. في إجبار الثيب الصغيرة]

وللأب إجبار الثيب الصغيرة على النكاح[1] خلافاً للشافعي[2]؛ لقوله ﷺ: "تستأمر اليتيمة في نفسها"[3]، فدل على أن ذات الأب بخلافها، ولأنها صغيرة كالبكر، ولأن ولاية الأب ثابتة عليها في المال كالغلام، لأن الثيوبة المزيلة للإجبار وهي التي يثبت معها الإذن كثيوبة البالغ، ولأن الثيوبة إحدى حالتي المرأة، فلم تنفك من جواز إنكاح الأدب إياها، أصله حال البكارة.

فصل[8. في وقت انقطاع إجبار الأب الثيب الصغيرة]

إذا ثبت أن له إجبارها فقد اختلف في وقت انقطاعه: فقيل: ما لم تحض، وقيل: إن البلوغ لا يقطع الإجبار[4]، فوجه الأول: أنها إذا حاضت فقد صارت ممن لها إذن، والثيوبة إذا اجتمعت مع الإذن رفعت الإجبار، أصله الثيب الكبيرة، ووجه الثاني: أن كل صغيرة ملك الأب إجبارها لم يسقط عنها ببلوغها كالبكر.

فصل[9. في الثيوبة التي ترفع الإجبار]

الثيوبة التي ترفع الإجبار هي الوطء في نكاح صحيح، أو شبهة نكاح، أو ملك أو شبهة ملك، ولا يثبت بوطء زنا أو غصب على وجه[5]، خلافاً

---

(1) انظر المدونة: (2/140- 141)، التفريع: (2/29)، الكافى (ص231)، المقدمات: (1/476- 477).
(2) انظر: مختصر المزنى (ص 164)، الإقناع (ص 134- 136).
(3) سبق تخريج الحديث قريباً.
(4) انظر: التفريع: (2/29)، الكافي (ص 231)، المقدمات: (1/477).
(5) انظر المدونة: (2/140-141)، التفريع: (1/29)، الكافي (ص 231).

للشافعي، لأن رفع الإجبار بالثيوبة لزوال الحياء والانقباض الذي يكون في البكر، وهذا منتف عن المزني بها لأن الحياء يغلب عليها أشد من غلبته على البكر لقبح ما ركبته والعار الذي يلحقها، ويزيد فيها، فوجب بقاء الإجبار عليها، ولأن ذلك لم يرفع عنها ولاية المال، فكذلك إجبار النكاح.

فصل [10. إذا عادت البكر إلى الأب قبل أن تمس]

إذا عادت البكر إلى الأب قبل أن تمس بطلاق أو موت، فأظهر الروايتين[1]عنه: أنه يعتبر طول إقامتها مع الزوج، أو قصر المدّة: فإن طالت إقامتها وبرز وجهها زال إجباره عنها، وإن كان ذلك بحدثان دخولها عليها ولم يطل لبثها ولو برز وجهها، فإجباره باق عليها.

وإنما قلنا ذلك، لأن عودها إلى الأب إذا كان عن قرب، فإنها على الحال التي كانت عليها[2] عنده من قلة خبرتها بأمورها أو معرفتها بمصالحها، لأنها لم يدخل بها فيثبت لها حكم الثيوبة، ولا طال أمرها طولاً تخبر معه مواضع حظوظها وتعرف مصالحها فيقوم ذلك مقام الثيوبة، فكان الإجبار باق عليها، فإذا طالت إقامتها وبرز وجهها عدم هذا المعنى فيها وصارت في حكم الثيب فانقطع الإجبار عنها.

وفي حد الطول روايتان: إحداهما أنه سنة، والأخرى لا حد فيها أكثر من العرف، فوجه اعتبار السنة أنها مدة جعلت في الشرع حداً لأمور تتعرف منها العنة[3]، والأدواء الثلاثة[4]، وفي عهدة الرقيق، فكذلك هاهنا، ووجه نفي التحديد أن كل أمر احتيج فيه إلى اختبار وتعرف، ولم يرد توقيف بتحديد مدة وجب الرجوع فيه إلى العرف كالخيار في البيوع، ويعرف إيناس

(1) انظر المدونة: (2/ 141)، الكافي (ص: 231 - 232).
(2) في (م): عليه.
(3) العنة: يقال: رجل عنين الذي لا يقدر على إتيان النساء، أو لا يشتهى (المصباح المنير ص: 433).
(4) الأدواء: المرض والأدواء الثلاثة هي: الجنون، والجذام، والبرص (الفواكه الدواني: 106/2).

الرشد باليتيم إذا بلغ، وفي مسألتنا التوقيف معدوم، فوجب الرجوع فيه إلى العرف.

فصل [11]. العقد على الصغيرة لا يكون إلا من أبيها

الصحيح من قوله: إنه لا يعقد على الصغيرة سوى أبيها [1]، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن للأولياء أن يعقدوا عليها[2]، لحديث ابن عمر أن عثمان بن مطغون[3] توفي وترك ابنته وأوصى إلى أخيه قدامة إذا مت[4]، فتزوجها من عبد الله بن عمر فأراد فسخ النكاح، وإنكاح المغيرة بن شعبة فارتفعوا إلى النبي ﷺ فقال قدامة: أنا عمها ووصي أبيها، وما نقموا من عبد الله إلا أنه لا مال له، فقال ﷺ: "هي يتيمة ولا تنكح إلا بإذنها"[5]، ولأن كل من لا يملك التصرف في مالها بنفسه لم يملك إجبارها على النكاح كالأجنبي، ولأن كل من لم يكن له إجبارها بعد البلوغ لم يكن له إجبارها قبله، كالخال عكسه الأب.

فصل [12]. فيمن يجبر البكر من الأولياء

ولا يجبر البكر أحد من الأولياء غير الأب، صغيرة كانت أو كبيرة لا جد ولا غيره [6]، خلافاً للشافعي في قوله: إن الجد يجبر كالأب [7]، لقوله: "إنها يتيمة، ولا تنكح إلا بإذنها"[8]، ولأنه عصبة ويحجبه الأب فلم يملك الإجبار

---

(1) انظر المدونة: (104/2)، التفريع: (34/2)، الرسالة (ص: 196 - 197). الكافي (ص: 232).
(2) انظر: مختصر الطحاوي (ص 173)، مختصر القدوري - مع شرح الميداني: (10/3).
(3) **عثمان بن مظغون**: ابن حبيب بن وهب بن حذاقة، الجمحي، أبو السائب من سادة المهاجرين، ومن أولياء الله المتقين، الذين فازوا بوفاتهم في حياة نبيهم، فصلى عليهم، وهو أول من دفن بالبقيع (سير أعلام النبلاء: 153/1).
(4) إذا مت: سقطت من (ر).
(5) قال الهيثمي: روى ابن ماجه طرفاً منه، ورواه أحمد: (130/2)، ورجاله ثقات (مجمع الزوائد: 283/4).
(6) انظر المدونة: (140/2/2)، التفريع: (6/29-31)، الرسالة (ص: 196 - 197).
(7) انظر: مختصر المزني (ص: 164 - 165)، الإقناع (ص: 134).
(8) سبق تخريج الحديث قريباً.

كالأخ، ولأنها ولاية تملك انتقالاً لا ابتداء، فلم يملك بها الإجبار كسائر الولايات[1].

فصل [13. إذا غاب الأب عن البكر]

إذا غاب الأب عن البكر غيبة قريبة، أو كان يتردد في تجارة أو غيرها فليس لولي ولا الحاكم أن يزوجها إلا بتوكيل من الأب، فإن غاب غيبة طويل منقطعة شديدة البُعد، فإن كانت حياته معلومة ومكانه معروفاً إلا أن استئذانه يتعذر وهي بالغ، فقد اختلف في جواز إنكاحها[2]: فقال: مالك: يزوجها الإمام إن رفعت ذلك إليه، وقال عبد الملك: لا يجوز إنكاحها على وجه مع حياة الأب، وقال ابن وهب: إن قطع عنها نفقته، وأطال غيبته جاز إنكاحها برضاها، وإن كان يبعث إليها نفقة وهي في غنى وكفاية[3] لم يجز الإفتيات عليه ولم تزوج إلا برضاه[4].

فوجه قول مالك: هو أن غيبة الأب إذا طالت وانقطعت أضر ذلك بها فجرى مجرى عضلها، ولو كان الأب حاضراً وعضلها حتى علم أنه يقصد الإضرار بها لزوجها السلطان عليه، فكذلك مع طول الغيبة.

ووجه قول عبد الملك: أن الولاية باقية للأب لا تسقط بغيبته، فلم يكن لغيره أن يزوجها، ولأنها بكر لها أب كالحاضر أو القريب الغيبة وليس بعاضل، ووجه قول ابن وهب: أن المراعى في ذلك إزالة الضرر عنها بدليل أنه لو كان حاضراً وعضلها لزوجت عليه لإزالة الضرر، وهذا موجود مع

---

(1) في (م): الولاية.
(2) انظر: المدونة: (144/2).
(3) في (م): كفالة.
(4) في (ق): إلا برضاها.

انقطاع النفقة ووجود[1] الحاجة، وإذا لم يكن بها ضرورة لم تزوج، لأنه ليس هاهنا ما يزيل ولاية الأب أو يسوغ الإفتيات عليه.

فصل [14. السلطان يزوج من غاب عنها أبوها]

إذا ثبت جواز إنكاحها: فقيل: لا يزوجها إلا السلطان، وقيل: للأولياء أن يزوجوها برضاها[2]، فوجه الأول: أن إنكاحها مع بقاء الأب هو لإزالة الضرر عنها، فكان كالحكم على الأب، وذلك يختص به السلطان.

ووجه الثاني: أن النكاح بالإذن لا يقف على ولي دون ولي في باب الجواز، ولأنها بكر جاز تزويج غير الأب إياها، فجاز ذلك لسائر الأولياء، أصله إذا مات.

فصل [15. انقطاع خبر الأب الغائب]

فأما إن انقطع خبره ولم تعلم حياته ولا موته جاز إنكاح الأولياء إياها برضاها، وقال عبد الملك: ليس لهم في ذلك إلا بعد مضي أربع سنين من وقت فقده[3]، فوجه الأول أن أمره محمل العضل، فيجب إزالة الضرر عنها وعبد الملك نزلها منزلة امرأة المفقود من حيث كان الضرر يلحقها بانتظاره، فوجب وقف ذلك على ضرب الأجل له.

فصل [16. في إذن المزوجة]

إذن المزوجة على ضربين[4]: إن كانت ثيباً فبالقول، وإن كانت بكراً فبالقول والصمات، وإنما فرقنا بينهما لقوله ﷺ في البكر: "فإذنها صماتها"[5]، فخصها بذلك، وروي: "الثيب تعرب عن نفسها"[6]، ولأن

---

(1) في (ق) و (ر): حضور.

(2) انظر المدونة: (144/2)، الرسالة (ص: 196 - 197)، الكافي (ص: 332 - 334).

(3) انظر المدونة: (2/ 144 - 145).

(4) انظر المدونة: (141/2 - 142)، التفريغ: (34/2)، الرسالة (ص: 196).

(5) سبق تخريج الحديث.

(6) أخرجه ابن ماجه في النكاح، باب: استئمار البكر والثيب (602/1)، رجال إسناده ثقات إلا أنه منقطع، ومعناه في مسلم في النكاح، باب: استئذان الثيب في النكاح: (1036/2).

أصل الإذن أنه لا يثبت إلا بالقول، وإنما خصت البكر بالصمات للخبر، ولأن الحياء يغلب عليها، ولئلا تنسب متى[1] تسرعت إلى أن تقول: نعم قد رضيت، أو قد رضيت، أو قد أذنت أو لما أشبه ذلك إلى شدة الميل إلى الرجال وغلبة الشهوة عليها، فيكون ذلك مزهداً فيها، والثيب قد زال هذا الاعتبار عنها ببروز وجهها ومعرفتها ما يراد فيها، فإذا ثبت هذا فينبغي أن تعلم البكر إذا صمتت بأن ذلك يحمل على أنه إذن منها احتياطاً واستظهاراً، لجواز أن تظن أنه لا يحمل منها على ذلك، وليس بشرط في صحة الإذن.

---

(1) في (م): إذا ما.

باب: اشتراط الولي في عقد النكاح

الولي[1] شرط في صحة[2] عقد النكاح، فلا يجوز لامرأة أن تزوج نفسها ولا غيرها على وجه[3] خلافاً لأبي حنيفة[4]، لقوله تعالى: ﴿ **فَلَا تَعۡضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحۡنَ أَزۡوَٰجَهُنَّ** ﴾[5]، وفي جواز ذلك لهن انتفاء العضل لزوال الحاجة إلى الأولياء، ولأن هذه الآية نزلت في شأن معقل بن يسار[6] لما عضل أخته فنُهِي عن ذلك[7]، وقوله: "لا نكاح إلا بولي[8]"، وقوله: "لا تنكح المرأة المرأة، ولا تنكح المرأة نفسها"[9]، ولأنها ناقصة بالأنوثية كالأمة، ولأنه عقد نكاح فوجب افتقاره إلى ولي العقد كالعقد على الصغيرة، ولأن الولي شرط في النكاح وحياطة للفروج[10]، لئلا تحمل المرأة شهوة النكاح ميلها إلى الرجال على التسرع إلى وضع نفسها في غير مكفؤ فتلحق عاراً بأوليائها.

---

(1) الولي: وهو من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب أو إيصاء أو كفالة أو سلطنة أو ذو إسلام (حدود ابن عرفة، الفواكه الدواني: 3/2).

(2) صحة: سقطت من (م).

(3) انظر: الموطأ: (525/2)، المدونة: (140/2-144)، التفريع: (31/2 - 32)، الرسالة: (ص: 1896).

(4) انظر: مختصر الطحاوى ص: 171، مختصر القدورى – مع شرح الميداني: (8/3).

(5) سورة البقرة، الآية: (232).

(6) **معقل بن يسار:** المزني، صحابي، ممن بايع تحت الشجرة، كنيته أبو عليّ على المشهور، مات بعد الستين (تقريب التهذيب: 540).

(7) أخرجه البخاري في التفسير، باب: "إذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن" (160/5).

(8) أخرجه ابن ماجه في النكاح، باب: لا نكاح إلا بولي: (605/1)، والدار القطني: (568/2)، والبيهقي: (125/7)، وابن حبان وصححه ابن حزم، وهو قوى بشواهده. انظر: (نصب الراية: 1823).

(9) أخرجه ابن ماجه في النكاح، باب: لا نكاح إلا بولي: (606/1)، والدارقطني: (227/3)، والبيهقي: (110/7)، وفي إسناده جميل بن الحسين العتقى متكلم فيه.

(10) في (م): على الزواج.

فصل [1. تزويج المرأة نفسها]

إذا ثبت ذلك فإن زوجت امرأة نفسها أو غيرها، فالنكاح فاسد لا يصح بوجه ويفسخ قبل الدخول وبعده[1]، لأن منع ذلك لحق[2]الله تعالى.

وفي كيفية فسخه[3] روايتان[4]:

إحداهما بطلاق (لأنه نكاح مختلف فيه، فاحتيط بأن يكون فسخه طلاقاً، والأخرى أنه فسخ بغير طلاق)[5]، ولأن المقام عليه لو أراده غير مسوغ لهما، فإن أدرك قبل الدخول وفسخ فلا مهر، لأن النكاح الفاسد إذا فسخ قبل الدخول لم يجب به المهر، وإن لم يعلم إلا بعد الدخول لزم به المهر للاستمتاع، فإن كان قد سمى فالمسمى أولى من صداق المثل خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[6]، لقوله ﷺ: أدوا العلائق قيل: وما العلائق؟ قال: ما تراضى عليه الأهلون [7]، وروى: فإن نكحت فلها مهرها المسمى"[8]، ولأن المقصد من النكاح المواصلة والمكارمة دون المتاجرة والمغابنة بخلاف البيوع، فإن لم يكن هناك مهر مسمى فصداق المثل، وحكمه في وجوب العدة ولحوق النسب وتحريم المصاهرة حكم النكاح الصحيح. وفي التوارث قبل الفسخ خلافاً مبنى على ما قدمناه.

---

(1) انظر: المدونة: (146/2 - 148)، التفريع: (32/2)، الكافي: (ص: 234).
(2) في (م): بحول.
(3) في (م): وفي كيفية ذلك.
(4) انظر المدونة: (146/2 - 148)، والتفريع: (ص 32/2)، الكافي (ص 234).
(5) ما بين قوسين سقط من (م).
(6) انظر: مختصر الطحاوي (ص 186)، ومذهب أبي حنيفة أنه إن سمى وجب المهر الذي سماه، لأنه لا يرى الفسخ في هذه الحالة، مختصر المزني ص: 166.
(7) أخرجه الدار قطني: (344/3)، والبيهقي: (239/7)، والطبراني، وهو معلول (انظر نصب الراية: 200/3).
(8) أخرجه ابن ماجه في النكاح، باب: لا نكاح إلا بولي: (605/1)، والترمذي: في النكاح، باب: ما جاء لا نكاح إلا بولي: (407/3)، وقال حديث حسن.

فصل [2. أقسام الولاية]

إذا ثبت ما ذكرناه من حاجة النكاح إلى ولي، فالولاية على ضربين[1]: ولاية عامة، وولاية خاصة، فالعامة ولاية الدين، والأصل في ثبوتها قوله تعالى: ﴿ وَٱلۡمُؤۡمِنُونَ وَٱلۡمُؤۡمِنَٰتُ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلِيَآءُ بَعۡضٍ ﴾[2]، وقوله: ﴿ لَا تَتَّخِذُواْ ٱلۡيَهُودَ وَٱلنَّصَٰرَىٰٓ أَوۡلِيَآءَۘ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلِيَآءُ بَعۡضٍ ﴾[3]، وأما الخاصة فضربان: ولاية بالنسب، وولاية بالحكم، والولاية بالنسب مقدمة على الولاية بالحكم، فإن استخلفت المرأة أجنبياً فزوجها مع القدرة على إحدى الولايتين ففيهما روايتان: إحداهما:[4] إن ذلك غير جائز، والأخرى أنه ماضٍ إذا تزوجت كفؤاً.

فوجه الأولى: قوله: "فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له[5]"، فجعل الولاية عند عدم العصبة مقصورة على السلطان، فانتفى بذلك أن تكون لغيره ولاية مع وجوده، ولأن في إجازته ذريعة إلى الإفتيات على الأولياء وإسقاط حقهم من الولاية، وأن لا تشاء المرأة أن تعقد على نفسها مع امتناع وليها إلا وجدت سبيلاً إلى ذلك، فوجب فسخ ما هذا سبيله حياطة للفروج، وحفظاً لحقوق الأولياء، وحسماً لباب الذريعة.

ووجه الثانية: أن الولاية الخاصة لا تسقط العامة جملة، وإنما لها مزية عليها في التقديم، فإذا حصل العقد بالولاية العامة على وجه لو عقده الولي الخاص لم يزد عليه لم يكن في فسخه فائدة اعتباراً بتقديم بعض العصبة على بعض

---

(1) انظر: التفريع: (31/2)، الكافي: ص: 230 – 231، المقدمات: (472/1 - 473).
(2) سورة التوبة، الآية: (71).
(3) سورة المائدة، الآية: (51).
(4) انظر: المدونة: (143/2-144)، التفريع: (31/2)، الرسالة (ص: 196)، الكافي (ص: 233).
(5) أخرجه أبو داود في النكاح ، باب: في الولي: (566/2)، وابن ماجه في النكاح، باب: لا نكاح إلا بولي: (605/1)، والترمذي في النكاح، الباب نفسه: (407/3)، والحاكم: (168/2)، وصححه.

هذا إذا كان لها ولي مناسب وكانت دنية كالمعتقة والمسلمانية[1]، والتي لا عصبة لها، وكان كل أحد كفؤاً لها، فالخلاف أيضاً لثابت على ما قدمناه إلا أن الأظهر أن النكاح جائز، لأنه ليس في ذلك افتيات على ولي خاص ولا إسقاط لولاية عصبة.

فصل [3. الولاية بالنسب]

وأما الولاية بالنسب فهي للعصبة وللمولى[2]، لأنه أيضاً عصبة وللوصي إذا أوصى إليه الأب دون غيره من العصبات، وذوو الأرحام الذين لا تعصيب فيهم لا ولاية لهم كالإخوة للأم والجد وأبي الأم والخال، ومن كان في معناهم، لأنه لا ولاية لهم في القصاص ولا لهم عصبة في الميراث، فكذلك في النكاح، والولاية والنسب مرتبة[3] على قوة العصبات، فكل من قوى تعصيبه كان أولى به، وأولى العصبة بالإنكاح الابن ثم ابن الابن ثم الأب ثم الأخ الشقيق ثم الأخ للأب ثم ابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ للأب ثم الجد ثم العم ثم ابن العم، فإذا لم يكن عصبة بنسب فالمولى من فوق.

فصل [4. دليل ملك ولاية التزويج بالبنوة]

وإنما قلنا: البنوة يملك بها ولاية التزويج خلافاً للشافعي[4]، ولقوله ﷺ لعمر بن أبي سلمة[5]: "قم فزوج أمك"[6]، ولأن الولاية بالنسب مفتقرة إلى تعصيب، ولا تعصيب أقوى من تعصيب الابن بدليل تقديمه في الولاء، وأن العصبة يسقطون معه في الميراث، أو يصيرون كذوي الأرحام فثبت أن له

---

(1) المسلمانية التي لا يرغب فيها من حسب ولا مال ولا جمال (مواهب الجليل: 431/3).

(2) في جملة الأحكام الولاية بالنسب انظر: المدونة: (143/2-145)، التفريع: 3/1-33، الرسالة، (ص 196)، الكافي: ص: (231-233).

(3) في (م): مترتبة.

(4) انظر: مختصر المزني ص (165)، الإقناع ص (134).

(5) **عمر بن أبي سلمة:** بن عبد الأسد المخزومي، ربيب النبي ﷺ، صحابي صغير، أمرأه علّى على البحرين، مات سنة ثلاث وثمانين على الصحيح (تقريب التهذيب ص: 413).

(6) أخرجه النسائي في النكاح، باب: إنكاح الابن أمه: (66/6)، وأحمد: (295/6)، والحاكم وقال: صحيح الإسناد، والبيهقي: (131/7).

ولاية في التزويج، ولأن البنوة[1] توجب ثبوت الولاية، أصله إذا كان أبوه ابن عمها، ولأن كل ذكر كان عصبة في الميراث كان عصبة في عقد النكاح أصله [ ]:[*]، ولأن كل حكم ثبت للابن من عمها ثبت للابن الذي ليس أبوه ابن عمها أصله الميراث.

فصل [5. في أولوية الابن من الأب في ولاية النكاح]

وإنما قلنا: إنه أولى من الأب، لأت تعصيبه أقوى على ما بيناه، وإنما أثبتنا أن ابن الابن ولياً[2]، لأن معنى الابن موجود فيه وهو التعصب بالولادة، ولأنه قائم مقام الابن في جميع الأحكام.

فصل [6. دليل ولاية الأب وتقديم الأخوة على الجد]

وإنما قلنا: إن الأب ولي للإجماع على ذلك[3]، ولقوله ﷺ: "تستأمر اليتيمة في نفسها"[4]، فدل أن غيرها لا يحتاج الأب إلى استئمارها[5]، وولاية الإجبار أقوى من غيرها، ولأنه ولي المال والنظر في أمرها، فكذلك النكاح، وإنما قلنا: إن الإخوة وبنيهم مقدمون على الجد في ولاية النكاح بخلاف الميراث خلافاً للشافعي[6]، لأن تعصيبهم أقوى لأنهم يدلون بالبنوة والجد يدلي بالأبوة، لأن الأخ يقول:"أنا ابن أبيها، والجد يقول: أنا أبو أبيها، وقد بيَّنا أن تعصيب البنوة أقوى من تعصيب الأبوة.

وإنما قيل: إن الأخ الشقيق مقدم على الأخ للأب، لأنه يجمع تعصيباً وقرباً، فكان أولى منه كالميراث، وإنما قلنا: إن الولاء يملك به ولاية النكاح

(1) في (م): البكورة.
(*) كذا بياض.
(2) ولياً: سقطت من (م).
(3) انظر الإجماع ص (91)، المغني: (456/6).
(4) سبق تخريج الحديث.
(5) في (م): استئذانها.
(6) انظر مختصر المزني ص (165)، الإقناع ص (134).

لأنه يفيد التعصيب، ولأنه ملحق بنسبه ومشبه به، ولأن تعصيبه يورث به فكذلك يُملك به ولاية النكاح.

فصل [7. عند التشاجر يكون الأول مقدما]

وهذا إذا تشاحوا[1] فيكون الأول مقدماً على غيره، وإذا لم يتشاحوا[2]، فمن عقد منهم جاز مع وجوب الآخر في غير البكر مع الأب والوصي خلافاً للشافعي في قوله: إنه لا ولاية للعصبة الذي هو أبعد مع الأقرب[3]،لأنه عصبة لا يملك الإجبار، فجاز أن يعقد عليها بإذنها كالأقرب، ولأن تأثير الأقرب تقديمه لا إسقاطه.

فصل [8. في ولاية الوصي]

وإنما أثبتنا الوصي[4] ولياً في عقد النكاح إذا كان من جهة الأب خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[5]؛ لحديث قدامة بن مظعون لما زوَّج ابنة أخيه فقال: أنا عمها ووصي أبيها، فلم ينكر ﷺ ذلك عليه[6]، ولأنها ولاية كانت ثابتة للأب على الصغيرة حال حياته، فكان له نقلها من شاء بعد وفاته كولاية المال.

فصل [9. الوصي يزوج البكر البالغ]

إذا ثبت أن الوصي يكون ولياً فإنه يزوج البكر بإذنها؛ لأن أحداً لا يقوم مقام الأب في الإجبار، وليس للأب أن يجعل للوصي[7] الإجبار، ولأن الأب إنما ملك ذلك لمعنى يرجع إليه لا يوجد في غيره، فإن كانت البكر

---

(1) في (م): تشاجروا.
(2) في (م): يتشاجروا.
(3) انظر: مختصر المزني ص (165)، الإقناع ص (135).
(4) في (ق): الموصى، وفي (ر): وإنما شرطنا الوصي.
(5) انظر: مختصر الطحاوى ص (173)، ومختصر المزني ص: (165).
(6) سبق تخريج الحديث.
(7) في (ق): للموصى.

صغيرة انتظر بلوغها ثم استئأذنها إلا أن يكون الأب عيَّن له من يعقد عليها، فله أن يعقد عليها حال صغرها؛ لأن ذلك الإجبار من الأب لأنه من اجتهاده والوصي كالوكيل.

فصل [10. في العقد على الصغير]

لا خلاف أن للأب أن يعقد على ابنه الصغير، وكذلك للولي عندنا غير الأب من وصي أو حاكم ولا خيار له إن بلغ إلا أن يطلق ابتداءِ ويلزمه نصف الصداق المسمى إن لم يكن دخل بعد البلوغ[1]، خلافاً لابن حنيفة في قوله: إن للصبي الخيار إذا بلغ[2]، وللشافعي في قوله: ليس للولي إنكاحه صغيراً[3].

ودليلنا على جوازه أنه عقد معاوضة رآه الولي حظاً، فجاز له إن فعله كالبيع والشراء، ولأنه عقد معاوضة يجوز أن يليه الصغير بنفسه إذا بلغ[4]، فكان للولي أن يعقد بحق النظر كالإجارة، ولأنه يلي على ماله فجاز أن يجبره على النكاح كالأب ولا يلزم على الشيء مما ذكرناه الصغيرة، لأنها تجبر باجتهاد غير الأب، ودليلنا على أنه لا خيار له أنه نكاح عقده من يلي النظر في ماله كعقد الأب، واعتباراً بالبيع والإجارة.

فصل [11. في إجبار البالغ المولى عليه]

وفي إجبار المولى عليه[5] خلاف[6]، فعند عبد الملك بن الماجشون ليس للولي إجباره، وعند ابن حبيب له ذلك:

---

(1) انظر: المدونة: (2/149-150)، التفريع: (2/30-31)، الكافي ص (235).
(2) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 173)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (3/10).
(3) انظر: مختصر المزني ص (165- 166)، المهذب: (2/40).
(4) إذا بلغ: سقطت من (م).
(5) المولى عليه: وهو السفيه المبذر لماله (التفريع: 2/56).
(6) انظر: التفريع: (2/56)، الكافي ص: 233-234.

وجه نفي الإجبار أن إنكاح الغلام طريقه الملاذ، فلم يكن له إجباره عليه كسائر الملاذ والشهوات، ولأن النكاح لا مصلح له فيه من طريق المال؛ لأنه يوجب عليه مهراً ونفقه، وإنما المصلحة فيه من طريق الحاجة إليه، فإذا لم يحتج إليه لم يكن للولي إجباره عليه.

ووجه إثباته اعتباره بالصغير، ولأنه عقد معاوضة كالبيع والشراء، ولأن الولاية تثبت عليه لنقصه عن معرفة حظه ومصالحه، وذلك لا يخص[1] بعض مصالحه دون بعض، ولو اعتبرنا رضاه لم تؤثر الولاية فيه شيئاً.

فصل [12. صداق زواج الابن الصغير]

إذا زوج الأب ابنه الصغير فإن سمى الأب الصداق[2] عليه لزمه وكان ديناً عليه للمرأة، وإن أطلق ولم يسم على الصداق نظر، فإن كان للصبي مال فالصداق عليه[3]؛ لأن من حق عقود المعاوضات أن يكون العوض على من يملك المعوض عنه، كما لو اشترى ثوباً أو عقاراً، وإن لم يكن له مال فالصداق على الأب؛ لأنه ليس من النظر أن يلزم الأب ذمة الابن ديناً لا يحتاج إليه؛ لأن الصبي لا يحتاج إلى التزويج، وإنما يجوز[4] ذلك للأب إذا رأى ذلك حظاً ونظراً، وهذا بالعاجل إلزام ذمته ديناً لا يقدر على أدائه في الحال، ولا يدري أييسر من بعد أم يبقى على الإعسار[5] فيكون الصداق على الأب، وإن أيسر الابن من بعد لم ينتقل الوجوب إليه؛ لأنه قد استقر على الأب، فإن أعسر الأب بعد بلوغ الابن وقبل دخوله بالمرأة، وقالت

(1) في (م): يختص.
(2) على من الصداق: سقطت من (م).
(3) انظر: المدونة: (2/149-150)، التفريع: (2/31)، الكافي ص: (235-236).
(4) في (م): جوز.
(5) في (م): على إعساره.

المرأة: لا أسلم نفسي إلا بعد قبض الصداق، قيل للابن: إن أردت فأدِّ الصداق وإلا فطلق ولا يلزمك شيء[1].

(1) شيء: سقطت من (م).

باب: خلع الأب على ولده الصغير

خلع الأب على ولده الصغير جائز عليه ذكر أو أنثى[1] خلافاً لأبي حنيفة في منعه ذلك في الموضعين[2]، وللشافعي في إجازته ذلك في الذكر ومنعه في الأنثى[3]، فدليلنا: أن الأب لما كان هو الناظر للابن، والقائم بمصالحه وجاز أن تكون المصلحة في أن يطلق عليه بمال يأخذه له جاز ذلك له، ولإنه إخراج ملك عنه بعوض، فجاز إذا رآه حظاً كالبيع، واعتباراً بالصغير مع الشافعي، ودليلنا على جوازه في الصغيرة أن أبا حنيفة يوافقنا في أن له أن يعقد عليها بأقل من مهر مثلها إذا رأى ذلك حظاً، ولا فرق بين ذلك وبين مسألتنا، لأنه قد يكون الحظ لها في الفراق، الأب غير متهم عليها.

فصل [1. إنكاح الأب البكر بأقل من صداق مثلها]

يجوز للأب إنكاح البكر بأقل من صداق مثلها إذا رآه حظاً[4] خلافاً للشافعي[5]، لأن المقصد من النكاح الألفة[6]، والمواصلة دون المغابنة والمتاجرة والأب غير متهم عليها، فقد يرى من الحظ إنكاحها بأقل من مهر المثل؛ لأنه يضعها مع من يحسن عشرتها ويعود عليها معه من النفع أضعاف ما ترك من تمام المهر، لأنه قد ثبت من أصلنا أن للأب أن يعفو عن نصف صداق البكر إذا طلقت قبل الدخول؛ ولأنه قد يرى ذلك حظاً، فكذلك

---

(1) انظر: المدونة: (239/2)، التفريع: (30/2)،
(2) انظر: شرح فتح القدير: (137/4)، حاشية ابن عابدين: (458/3)
(3) انظر: مختصر المزني ص: 165.
(4) انظر: المدونة: (142/2-143)، التفريغ: (51/2)، الرسالة (ص: 196 - 197). الكافي (ص: 254).
(5) انظر: مختصر المزني: (ص: 136).
(6) في (م): العفة.

في مسألتنا إذا طلقت البكر قبل الدخول فللأب العفو عن نصف الصداق الواجب لها خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[1]، لقوله تعالى: ﴿أَوْ يَعْفُوَا۟ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾[2]، وهذه كناية الغائب وافتتاح الخطاب للمواجه[3]، فدل على أنه أراد غير الأزواج المواجهين، وليس إلا الأب، ولأن في حملها على الزوج تكراراً، لأنه قد ذكر عفوه لقوله﴿وَأَن تَعْفُوٓا۟ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ﴾[4]، ولا وجه لذلك مع إمكان حملها على استئناف فائدة، ولأن قوله﴿ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾[5] يفيد أن تكون بيده في الحال التي يعفوا فيها عقدته[6] ولا يصلح حمله على الزواج إلا أن يضمر فيه الذي بيده، وحمله على الأب غير محتاج إلى إضمار[7]، ولأنه تعالى قصد بيان العفو من كلا الطرفين من جهة النساء، ومن جهة الأزواج ومفصلاً من جهة النساء فأضاف العفو إلى من يلى نفسه منهن وهي الثيب، وإلى من يلي الأبكار وهو الآباء، ولأنهن أحد نوعي الزوجات، فتعلق الندب إلى العفو بجهتهن كالثيب، ولأنه ولي يملك الإجبار، فجاز له العفو عن صداقها أصله السيد في أمته.

فصل [2. في تزوج الولي وليته من نفسه]

يجوز للولي لأن يزوج وليته من نفسه[8] خلافاً للشافعي[9]، لقوله ﷺ: "لا نكاح إلا بولي[10]" فعم، ولأنه ﷺ أعتق صفية وتزوجها[11]، ولأنه ولي

---

(1) انظر: مختصر الطحاوى ص: (173)، مختصر القدورى مع شرح الميداني: (14/3)، مختصر المزني (ص 183).
(2) سورة البقرة، (الآية: 237).
(3) في (م): للمواجهة.
(4) سورة البقرة، الآية: (237).
(5) سورة البقرة، الآية: (237).
(6) في (ق): عقده.
(7) في (م): الإضمار.
(8) انظر: المدونة: (148/2-149)، التفريع: (32/2)، الكافي ص (234).
(9) انظر: مختصر المزني ص: (164-165)، المهذب: (38/2).
(10) سبق تخريج الحديث.
(11) أخرجه البخاري في النكاح، باب: من جعل عتق الأمة صداقها: (121/6)، ومسلم في النكاح، باب: فضيلة إعتاقه أمة ثم يتزوجها: (154/2).

كالإمام الأعلى، ولأنه عقد على امرأة يجوز للعاقد عليها تزويجها فأشبه عقده عليها كالأجنبي، أو إذا عقد عليها الحاكم.

فصل [3. لا فرق أن تكون الولاية بنسب أو وصية أو ولاية حكم]

ولا فرق بين أن تكون ولايته عليها بنسب[1] أو وصية أو ولاء حكم (لأن كل هذا يثبت له به الولاء، وينبغي له أن يشهد لها على رضاها احتياطاً)[2]، خيفة إنكارها لا أن ذلك شرطاً في صحة العقد، فإن لم يشهد واعترفت فالنكاح ثابت.

فصل [4. المرأة تأذن لأوليائها تزويجها من عينته أو ممن شاؤوا]

وللمرأة أن تأذن لجماعة أوليائها أن يزوجوها من واحد بعينه، أو ممن شاؤوا[3] من يؤديهم الاجتهاد إليه، أو من واحد غير معين من جملة جماعة بأعيانهم، ولكل واحد أن ينكح على انفراده من غير انتظار للآخر، فإن زوجها أحدهم[4] ثم علم الباقون ولم يكن فيهم من عقد لها على زوج فهي زوج[5] لمن زوجها الولي، وليس للباقين أن يعقدوا وإن لم يعلم الباقون حتى عقده واحد منهم نظر: فإن عرف أنه قد عقد عليها اثنان أو ثلاثة قبل الدخول بها نظر أيها سبق[6]، فإن عرف كان هو الزوج وبطل عقود الباقين، فإن أشكل ذلك فسخت العقود كلها وعقد لها عقد مستأنف على من شاءت منهم أو من غيرهم، وإن لم يعلم ذلك حتى دخل بها واحد منهم ثبت العقد له وبطلت عقود الباقين كان الأول أو الآخر، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما إنها تكون للأول دخل الثاني أو لم يدخل بها[7]، لأنه

(1) في (م): بسبب.
(2) ما بين قوسين سقط من (م)، ومن (ر).
(3) انظر: المدونة: (2/143-145)، التفريع: (2/35)، الرسالة: ص (197)، الكافي: ص: (233-234).
(4) في (م): واحد.
(5) في (م): زوجة.
(6) في (م): الأسبق.
(7) انظر: مختصر الطحاوى ص: (174)، الأم: (5/16-17).

إجماع الصحابة، وروي ذلك عن عمر والحسن بن علي ومعاوية[1]؛ وقيل: إنه مروي عن علي[2] رضوان الله عليهم، ولا مخالف لهم، ولأن المرأة لما كانت مضطرة إلى إذن أوليائها في العقد عليها من حيث كانت لا يجوز لها أن تلي العقد على نفسها وثبت أنه لا يلزم أحدهم التوقف[3] عن العقد حتى ينظر هل عقد غيره أم لا؟ فكل واحد يعقد على من لا يتحقق أنه لا زوج لها بالشك في ذلك، ويجوز أن يكون لها زوج، وكذلك المتزوج يقدم على من يجوز أن تكون زوجة لغيره مع وجود زوجة لغيره مع وجود الإمارة المؤذنة بذلك وهو الإذن للولي الآخر في النكاح وإمكان أن يكون قد سبق منه عقد لغيره، والأصول مبنية على منع العقد على من يشك في أن لها زوجاً مع وجود الإمارة المجوزة لذلك، فلولا أن هذا النكاح يثبت له حكم وإلا لم يجز أن يباح للولي إيقاعه ولا للمتزوج استباحته ألا ترى أن نكاح المعتدة والمحرمة لما لم يكن له وجه يثبت معه لم يجز الإقدام عليه، وإذا ثبت ذلك لم يبق إلا ترجيحه بالوطء لأن أحداً لم يرجحه بغيره.

فصل [5. في ولاية الفاسق]

تكون ولاية الفاسق إذا وجد ولي عدل فإن عقد جاز[4] خلافاً للشافعي[5]؛ لأن الغرض من الولي الحظ للمزوجة[6]، وإيقاعها مع كفؤ والفاسق لا ينافي ذلك بل ربما أثر في زيادة الاحتياط والأنفة من العار، ولأنه عصبة حر مسلم يصح أن يعقد على نفسه، فجاز أن يعقد على وليته كالعدل.

---

(1) انظر: عبد الرزاق: (233/6)، والبيهقي: (141/7).
(2) أخرجه البيهقي: (141/7).
(3) في (م): التوقيف.
(4) انظر: التفريع: (2/32-33).
(5) انظر: الأم: (5/12-14). الإقناع: ص (134).
(6) في (م): للمتزوجة.

فصل [6. في منع كون المسلم ولياً للنصرانية]

لا يكونوا ولياً للنصرانية[1] لقوله عزَّ وجل: [2]؛ ولأن الكفر نقص أبلغ من الرق، لأن نقص الرق أصله الكفر، وإذا ثبت ذلك ولم تكن للعبد ولاية نكاح كان الكافر بذلك أولى، وللسيد المسلم أن يعقد على أمته الكافرة بالرق لا بالولاية كما يعقد عليها عقد الإجارة.

فصل [7. في كون الرق ينافي ولاية النكاح]

الرق ينافي ولاية النكاح[3]؛ لأن العبد ناقص نقصاً أوجبه الكفر على ما بيناه، ولأن كل نقص منع وجوب صلاة الجمعة وتقلد الحكم منع ولاية عقد النكاح الأنوثية، ولا يكون العبد ولياً على ابنته ولا غيرها، وحكم المكاتب والمدبر والمعتق بعضه أو إلى أجل حكم العبد القن في ذلك.

فصل [8. العبد لا يتزوج إلا بإذن سيده]

وليس له أن يتزوج إلا بإذن سيده وكذلك الأمة[4]، لقوله ﷺ "أيما عبد تزوج بغير إذن سيده فهو عاهر"[5]، وهذا أبلغ شيء في الحظر، ولأن تصرفهما مملوك عليها للسيد، فلم يكن لهما إتلافه عليه، ولأن الأمة إذا كانت ممن يجوز للسيد وطؤها، فوطؤها حق له فليس لها منعه منه.

فصل [9. في إجبار السيد العبد والأمة على الزواج]

وللسيد أن يجبرهما على عقد النكاح خلافاً للشافعي[6] في العبد، لقوله عز وجل: ﴿وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾[7]، ولم

---

(1) انظر: التفريع: (37/2)، الكافي: ص (232).
(2) سورة المائدة، الآية: 51.
(3) انظر: المدونة: (145/2-148)، التفريع: (35/2).
(4) انظر: المدونة: (145/2-153)، التفريع: (36/2)، الرسالة: ص: (199-200) الكافي: ص: (2345).
(5) أخرجه أبو داود في النكاح، باب: في نكاح العبد بغير إذن سيده: (562/2)، والترمذي في النكاح، باب: ما جاء في نكاح العبد بغير إذن سيده: (419/3)، والحاكم: (194/2)، وقال: صحيح الإسناد.
(6) انظر: الأم: (41/5). الإقناع: ص: (136).
(7) سورة النور، الآية: (32).

يشترط رضاهم، ولأنه عقد على منفعة كالإجارة، ونقيس العبد على الأمة بعلة ثبوت الرق.

فصل [10. في عدم إجبار السيد على إنكاح عبده]

ولا يجبر السيد على إنكاح العبد إذا طلب ذلك خلافاً للشافعي[1]؛ لأنه مملوك كالأمة، ولأن المقصد منه اللذة كاللباس الطيب، ولأنه عيب فيه كالأمة.

فصل [11. في إذن السيد بزواج العبد والأمة]

إذا ثبت أنه لا يجوز لعبد ولا أمة أن يتزوجا بغير إذن سيدهما، فإن أذن سيدهما جاز؛ لأنه مختار لترك حقه، فللعبد أن يلي نكاح نفسه؛ لأنه من أهل العقود، وإذا وكل من يزوج الأمة جاز؛ لأنها ليست من أهل العقد على نفسها لنقصها بالأنوثية كالحرة، بل الأمة أولى، لأنها ناقصة بالأنوثية والرق[2].

فصل [12. حكم العبد يتزوج بغير إذن سيده]

فإن تزوجا بغير إذن السيد: "فأما العبد فالأمر فيه للسيد، فإن أجاز نكاحه جاز، وإن رده انفسخ، وقال أبو الفرج[3]: القياس لا يصح بوجه وهو قول الشافعي[4]، ودليلنا أن العقد لا يمتنع وقوفه على الفسخ، وإنما يمتنع وقوفه على الإجازة كنكاح العنين والخصي[5] والحرة والعبد وغير ذلك، فذلك نكاح العقد.

---

(1) انظر: الأم: (41/5). الإقناع: ص: (136).

(2) انظر: المدونة: (162/2)، التفريع: (35/2-45)، الرسالة: ص: (199-200).

(3) **أبو الفرج:** عمرو بن محمد بن عمرو الليثي البغدادي، كان إماماً في اللغة والفقه له كتاب "الحاوي" في مذهب مالك و"اللمع" في أصول الفقه، (ت331هـ) (الديباج: 127/2)، شجرة النور:(79/1)

(4) انظر: الأم: (43/5-44)، مختصر المزني ص: (168).

(5) العنين: الذي لا يقدر على إتيان النساء، ولقد سبق ذكره في العنة، والخصى: زوال الأنثيين، (حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع ص: 168).م.

فإذا ثبت ذلك، فإن أجازه السيد جاز لأنه قطع حقه من الفسخ، وإن رده فسخ كما لو عقد على نفسه عقد إجارة، فإن كلم السيد فيه فقال: لا أجيزه، ثم قال: من بعد قد أجزته: فإنه على وجهين إن أراد بقوله أولاً لا أجيزه، وإني قد فسخته فقد بطل، ولا يلتفت إلى قوله من بعد قد أجزته لأن ما تقدم بطلانه لا يصح، وإن كان قوله من بعد[1] لا أجيز على طريق الإنكار والإرهاب، وقصد التروية والفكر كأنه يجيب بذلك من سأله أن يجيزه ثم قال من بعد قد أجزته، فإنه يصح، فإذا ثبت ذلك فإن فسخ قبل الدخول فلا شيء للزوجة لأن النكاح الفاسد إذا فسخ قبل الدخول لم تستحق فيه بدلاً، وإن كان قد دخل بها ترك لها من الصداق ربع دينار لأن الاستمتاع لا يعرى من بدل وأقله ما يكون مهراً وترجع السيد بما فيه لأنه حق له ولا حجة لها لأنها هي التي أتلفت بضعها، والعقد على من تصرفه مملوك عليه، فإن كانت موسرة أخذ منها، وإن كانت معسرة كان في ذمتها، وتتبع هي العبد إذا عتق به؛ لأنه غرها، وإن كان بيَّن لها فلا اتباع لها، وكذلك إن فسخه عند سيده أو سلطان، وفسخه إن فسخ بطلاق؛ لأنه ليس بغالب إذا لو أجازه السيد لجاز المقام عليه، وإذا جاز عقده فليس له فسخه بعد إجازته ولا أن يطلق عليه، لأن صحته قد ثبتت والطلاق إلى من يملك منافع البضع، وله إن طلق أن يرتجع وإن كره السيد؛ لأن الرجعة من حقوق النكاح، ويستوى في ذلك كله تزويجه بأمة سيدة أو أجنبية، وإن زوجه من أمته ثم باعها فهما على نكاحهما قبل الدخول أو بعده لأن بقاء ملك السيد عليها ليس بشرط في بقاء العبد، وليس للمبتاع أن يفسخ العقد

(1) من بعد سقطت من (ق) ومن (ر).

كما لم يكن ذلك للسيد الأول ولكنه عيب إن رضي به، وإلا رده هذا الكلام في العبد[1].

فصل [13. في تزويج الأمة بغير إذن سيدها]

فأما الأمة إذا تزوجت بغير إذن سيدها، فإنه على وجهين: إن باشرت العقد بنفسها[2]، فالنكاح فاسد لا يصح ولا يلتفت على إجازة السيد، لأن فساده في العقد لحق الله تعالى، فإن ردت أمرها على من يعقد عليها من الرجال ففيها روايتان: إحداهما أنه كعقدها على نفسها، لأن غير السيد، لا يزوج به السيد لأن السيد يزوج بالملك وغيره يعقد بالولاية، وذلك لا يوجد مع الملك، والأخرى أنه يجوز بإجازة السيد ويبطل برده؛ لأن السيد لو أذن لهذا العاقد لجاز العقد كما لو أذن للعبد أن يعقد على نفسه لصح، فكان وقوعه من غير إذنه موقوفاً على إجازته ورده[3].

فصل [14. في عدد ما ينكحه العبد]

للعبد أن ينكح أربعا[4] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[5]، لقوله تعالى: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثۡنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَۖ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا تَعۡدِلُواْ فَوَٰحِدَةً﴾[6] فعم، ولأن كل عدد جاز للحر أن يجمع بينه جاز للعبد كالاثنتين، ولأن من جاز له أن ينكح جاز أن ينكح أربعاً كالحر، ولأن النكاح طريقة الملاذ والشهوات، فكان العبد مساوياً فيه للحر كالأكل واللباس الطيب.

---

(1) في جملة هذه الأحكام انظر: المدونة: (2/161-166)، التفريع: (2/45-57)، الرسالة: ص: (199-200)، الكافي: ص: (245-248).

(2) في (م): على نفسها.

(3) انظر: المدونة: (2/160-166)، التفريع: (2/45-57)، الرسالة: ص: (199-200)، الكافي: ص: (245-248).

(4) انظر: المدونة: (2/163)، الرسالة: ص: (199)، الكافي: ص: (245).

(5) انظر: مختصر القدوري - مع شرح الميداني: (2/23) الأم: (5/41).

(6) سورة النساء، الآية: (3).

باب: الإشهاد على عقد النكاح

يصح عقد النكاح من غير إشهاد[1] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[2]؛ لأنه عقد من العقود فأشبه سائرها، ولأنه معنى يقصد به التوثق، فلم يكن شرطاً في انعقاد النكاح كالرهن والكفالة، ولأن كل من لم يحتج إلى حضوره في إيجاب أو قبول لم يكن حضوره شرطاً في عقد النكاح أصله الزوجة.

فصل [1. في أن الشهادة شرط في الكمال]

إذا ثبت أنه ليس بشرط في الصحة، فإنه شرط في الكمال والفضيلة لقوله ﷺ: "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"[3]، وقد ثبت أنه لم يرد بذلك الصحة فلم يبق إلا نفي الكمال والفضيلة، ولأن الإعلان والإشهاد مستحبان في عقد النكاح فالإشهاد أولى، ولأن ذلك إجماع الصحابة[4] أعني أن للشهادة تأثيراً فيه.

فصل [2. في إعلان النكاح]

يستحب الإعلان في النكاح والإشادة به ونشره[5]، لقوله ﷺ: "أعلنوا بالنكاح واضربوا عليه بالغربال"[6]، وروي: "أظهروا النكاح[7]"، ولنهيه عن

---

(1) انظر المدونة: (158/2)، المقدمات: (479/1)، الرسالة ص: (196)، الكافي ص: (229)، وعندهم أن الإشهاد يجب عن الدخول.

(2) انظر: مختصر الطحاوى ص: (72)، الأم: (22/5).

(3) سبق تخريج الحديث.

(4) انظر: الموطأ: (235/2).

(5) انظر المدونة: (158/2-159)، التفريغ: (32/2-34)، الكافي ص: (229)،

(6) أخرجه ابن ماجه في النكاح، باب:إعلان النكاح: (611/1)، والترمذي في النكاح باب: ما جاء في إعلان النكاح: (399/3)، وقال: حسن غريب.

(7) رواية: "اظهروا النكاح" أخرجها ابن ماجه – التي سبقت –والبيهقي: (288/7)، والحاكم: (183/2)، وقال: صحيح الإسناد.

نكاح السر[1]، ولأن في إظهاره حفظاً للأنساب واحتياطاً من جحدها، لأن الزوج قد ينكر النكاح وتكون المرأة حاملاً، فلا يكون لها سبيل إلى إثباته فيؤدي إلى إضاعة النسب، فإذا كان هناك إشهاد وإعلان لم يمكنه ذلك.

فصل [3. التواصي بكتمان النكاح]

وإذا تواصى بكتمان النكاح بطل العقد خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[2]، لقوله ﷺ: "أعلنوا النكاح واضربوا عليه بالغربال"[3]، والتواصي بكتمانه ضد لذلك، وروى أنه ﷺ نهى عن نكاح السر[4]، ولأن التواصي بالكتمان من صفة الزنا، ففي إباحة عقد النكاح معه ذريعة إلى إضاعة الأنساب.

فصل [4. إذا دعت المرأة إلى أن تزوج من كفؤ]

إذا دعت المرأة إلى أن تزوج من كفؤ فليس لوليها[5] الامتناع، لقوله تعالى: ﴿ فَلَا تَعۡضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحۡنَ أَزۡوَٰجَهُنَّ ﴾[6]، ولأن ذلك حق للنساء على الأولياء، كما أن منعهن من غير الكفاءة حق عليهن للأولياء فإذا لم يكن ذلك لهن لأجل حق الأولياء، فكذلك ليس للأولياء الامتناع من حقوقهن في إجابتهن إلى الأكفاء.

فصل [5. امتناع الولي في تزويج المرأة من كفؤ]

فإن امتنع الولي زوَّجها الإمام، لقوله ﷺ: فإن "اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له"[7]، فجعلها مع اختلافهم في حكم من لا ولي له للحوق الضرر

---

(1) أخرجه أحمد: (77/4)، قال الهيثمي: في سنده عبد الله بن ضميرة، وهو ضعيف (مجمع الزوائد: 288/4).
(2) انظر: مختصر الطحاوى ص: (171-271)، الأم: (22/5).
(3) سبق تخريج الحديث.
(4) سبق تخريج الحديث تقريباً.
(5) انظر: المدونة: (141/2، التفريع: (35/2)، الرسالة: ص: (196-187).
(6) سورة البقرة، الآية: (323).
(7) سبق تخريج الحديث.

بها مع امتناعه، ولأن ذلك حق للولي ما لم يختر إبطاله فإذا اختار تركه انتقلت[1] الولاية إلى الإمام.

فصل [6. الكفاءة]

والكفاءة المعتبرة هي الدِّين دون النسب[2] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[3] في اعتبارهما للنسب، لقوله تعالى: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ ٱللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ﴾[4]، فبيَّن أن المساواة شاملة وأن المفاضلة عند الله هي بالدين والتقوى، وقوله ﷺ: "إذا أتاكم من ترضون دينه وأمانته فزوجوه إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير"[5]، فاعتبرا الدين والأمانة دون النسب، وقوله ﷺ: "تنكح المرأة لدينها وجمالها ومالها فعليك بذات الدين تربت يداك[6]" فأخبر عن أغراض النكاح فأمر بذات الدين وجعله العمدة، وقد علمنا أنه لا يأمرنا بغير الكفاءة.

فصل [7. إذا رضيت بغير كفؤ وأباه الأولياء]

فإن رضيت بغير كفؤ وأباه الأولياء لم يكن لها أن تنكح إلا برضاهم[7]، لأن ذلك حق لهم إذا كان وضعها نفسها في غير كفؤ يلحق العار بهم، ولهم دفع العار عن أنفسهم، ولأن أصل الولاية إنما وضعت لهذا المعنى، وهو أن النساء لشهوتهن النكاح وشدة ميلهن إليه يضعن أنفسهن في الكفؤ وغير الكفؤ، فمنعهن من تولي العقد بأنفسهن، وجعل أمرهن إلى الأولياء في

---

(1) انتقلت: سقطت من (م).

(2) الكفاءة: هي المماثلة والمقاربة (حدود ابن عرفة ص: 163)، وانظر الرسالة: ص: (198-199)، الكافي، ص: (230).

(3) انظر: مختصر الطحاوى ص: (170)، الأم: (15/5).

(4) سورة الحجرات، الآية: (13).

(5) أخرجه ابن ماجه في النكاح، باب الكفاءة: (632/1)، والترمذي، باب: إذا جاءكم من ترضون دينه فزوجوه: (395/3)، وقال: حسن غريب.

(6) أخرجه البخاري في النكاح، باب: الأكفاء في الدين: (122/6)، ومسلم في الرضاع، باب: استحباب نكاح ذات الدين: (1086/2).

(7) انظر: المدونة: (143/2 - 144)، التفريع: (35/2)، الكافي: ص: (323-234).

الحديث: "إذا جاءكم من ترضون دينه وأمانته فانكحوه[1]،" فدلَّ على أنه لا يلزمهم مع عدمه.

فصل [8. إذا رضيت الزواج بغير كفؤ والأولياء كذلك]

وإن رضيت هي والأولياء بغير كفؤ جاز[2] خلافاً لمن حكى عنه أنه لا يجوز[3]،لأن الحق في ذلك لا يخرج عن المرأة والأولياء، فإذا حصل الرضا بتركه من جميعهم جاز؛ لأن أحداً لا يعترض عليه في ترك حقه ما لم يتعلق بذلك إسقاط حق[4] غيره.

فصل [9. إذا رضيت الزواج بعبد]

فإن رضيت الزواج بعبد جاز عند ابن القاسم، ولم يجز عند المغيرة وسحنون[5]، وهذا هو الصحيح؛ لأن الحرية من الكفاءة والعار يدخل على الأولياء بوضع وليتهم نفسها تحت عبد، فكان لهم منعها.

فصل [10. التوكيل في عقد النكاح]

التوكيل في عقد النكاح جائز[6]؛ لأنه عقد معاوضة، فجاز التوكيل فيه كسائر عقود المعاوضات، فإن سمى له امرأة بعينها وسمى صداقها جاز كتوكيله إياه على شراء سلعة بعينها بثمن معلوم فيجوز، وإن أطلق الوكالة جاز إذا زوجه من يشبه أن تكون من نسائه لأن إطلاق الوكالة يقتضي نساء المثل كما يقتضي البيع ثمن المثل[7].

---

(1) سبق تخريج الحديث تقريباً.
(2) انظر: المدونة: (147/2 - 149)، التفريع: (35/2).
(3) حكى عن الإمام أحمد وسفيان بن عيينة(انظر: المغني: 480/6)
(4) حق: سقطت من (ق).
(5) انظر: الرسالة ص: (199).
(6) انظر: المدونة: (147/2-157، التفريع: (35/2)،
(7) في (م): ثمن المتاع

فصل [11. إذن المرأة لوليها بعقد زواجها]

يجوز للمرأة أن تأذن لوليها في أن يزوجها، وله أن يخطب عليها، وإذا حضر كفؤ لها فهل يجوز له أن يزوجها منه قبل إعلامها بعينه أم لا؟ ففيها روايتان[1]:

إحداهما: أن ذلك له؛ لأن تفويضها إليه رضا باجتهاده، فقام بذلك مقام التعيين، والأخرى أن ذلك ليس له لاختلاف النساء في أعيان الرجال، وإن تساووا في الكفاءة، وعلى الروايتين معاً ليس له أن يزوجها من نفسه إلا من بعد أن يعلمها فتأذن له لأنه يتهم في تقديم حظه ومحاباة نفسه، ولأنها لو أرادت ذلك لذكرته له أو أشعرته به بخلاف الغير، لأن ذلك لا ينحصر فكان إمساكها عنه دلالة على أنها غير راضية به وعمن عداه غير دال على ذلك.

(1) انظر: المدونة: (2/157-158)، التفريغ: (2/35)، الكافي: ص: (244-235).

باب: الصداق[1]

لا يجوز نكاح بغير صداق[2]، لقوله عزَّ وجلَّ: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم﴾[3] وقوله: ﴿فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾[4]، وقال ﷺ للذي خطب المرأة: "هل معك ما تستحلها به"[5].

فصل [1. لا حد لأكثر الصداق]

لا حد لأكثر الصداق إجماعاً[6]، وأقله محدود عندنا خلافاً للشافعي[7] في قوله: لا حد له؛ لأنه عضو محرم تناوله لحق الله تعالى لا يستباح إلا بمال فوجب أن يكون ذلك المال مقدرا[8] أصله قطع اليد في السرقة، ولأن المهر في النكاح حق الله تعالى، بدليل أنهما لو تراضيا على إسقاطه لم يجز، وحقوق الله تعالى في الأموال مقدرة كالزكاة والكفارات.

فصل [2. أقل الصداق]

إذا ثبت أنه مقدر فتقديره بربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم من الورق، وما يساوي أحدهما[9]، خلافاً لأبي حنيفة في تقديره بعشرة دراهم[10]؛ لأن كلا منا بناه[11] على ما يجب فيه القطع، وقد ثبت عندنا

---

(1) الصداق -فيه لغات، أكثرها فتح الصاد والثانية كسرها-: وهو مهر المرأة (الفواكه الدواني: 3/2).

(2) في جملة أحكام الصداق انظر: المدونة: (170/2)، وما بعدها، التفريع: (37/21)، الرسالة: ص: 196، الكافي: ص: 249.

(3) سورة النساء، الآية: 24.

(4) سورة النساء، الآية: 24.

(5) أخرجه البخاري في النكاح، باب: السلطان ولي: (134/6)، ومسلم في النكاح، باب: الصداق: (1041/20)، مالك: (526/2).

(6) انظر: شرح مسلم – للنووي: (156/6)، المغني: (681/6).

(7) انظر: الأم (58/5-59)، الإقناع ص: (140-141).

(8) في (م): لذلك المال مقدراً.

(9) في (م): حدهما.

(10) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 184)، ومختصر القدوري مع شرح الميداني: (14/3).

(11) في (ق): بناؤه.

بما نبينه في كتاب القطع[1] أن أقل ما يقطع فيه اليد ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم من الورق، فيجب كون ذلك أقل المهور.

فصل [3. إذا كان الصداق منفعة]

يستحب[2] أن يكون الصداق أعياناً متملكة، ويكره أن يكون منفعة من المنافع التي تتملك بالإجارة للاختلاف في جوازه، وإن عقد به جاز[3] خلافاً لمن منعه[4]، لقوله تعالى: ﴿إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖ﴾[5]، ولأنه أحد نوعى الأعواض في المبيعات، فجاز عقد النكاح به كالأعيان، لأن المنافع في معنى المال.

فصل [4. فيما لا يجوز أن لا يكون مهراً]

لا يجوز أن يكون المهر محرماً لا يصلح[6] أن يملك كالخمر والخنزير، ولا غرراً كالعبد الآبق والجمل الشارد والجنين في بطن أمه والثمرة التي لم يبد صلاحها على التبقية وما أشبه ذلك، ولا خلاف في منع ابتداء العقد به، فإن وقعت ففيه روايتان: إحداهما فساد العقد وفسخه قبل الدخول وبعده، والأخرى أن يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده ويجب صداق المثل[7]، وعند أبي حنيفة والشافعي[8]: أن العقد صحيح لا يفسد بفساد المهر، ويجب فيه صداق المثل ولا يفسخ، فإذا قلنا: إن العقد فاسد فوجهه قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمۡ أَن تَبۡتَغُواْ بِأَمۡوَٰلِكُم﴾[9]، فعلق الإحلال بشرط

---

(1) سيأتي في السرقة .

(2) في (م): يجب.

(3) انظر: المدونة: (2/170-171)، التفريع: (2/37)، الكافى: ص: (249)

(4) قال أبو حنيفة: منافع الحر لا تكون صداقاً، لأنها ليست مالاً (انظر بدائع الصنائع: 3/1429، المغني: 6/682).

(5) سورة القصص، الآية: (27).

(6) في (م): يصح.

(7) في جملة هذه الأحكام انظر: المدونة: (2/170)، التفريع: (2/37-41)، الكافي: ص: (249).

(8) انظر: مختصر الطحاوى ص: (186-187)، الأم: (5/47-57).

(9) سورة النساء، الآية: (24).

الابتغاء بالمال، والخمر والخنزير ليس بمال لنا[1]، ولأنه عقد معاوضة فوجب أن يفسد بفساد العوض كالبيع، ولأن المقصود به إذا كان فاسداً وجب فساد العقد أصله نكاح الشغار.

ووجه التصحيح[2]: أن عقد النكاح مفارق لعقد البيع في موضعه، لأن سائر عقود المعاوضات العوض مقصود منها؛ لأن طريقها المغابنة والمكايسة، وليس كذلك النكاح، لأنه مبني على المواصلة والمكارمة دون العوض، ألا ترى أنهما إذا عقدا من غير تسمية صداق، فإن العقد جائز ولو سكتا عن ذكر العوض في البيع والإجارة لم يصح العقد، ويفارق نكاح الشغار لأنه يفسد لكونه المقصود به بخلاف مسألتنا.

فصل [5. في تأويل قول مالك إنه يفسخ قبل الدخول]

إذا ثبت ما ذكرناه فقد اختلف أصحابنا في تأويل قول مالك إنه يفسخ قبل الدخول: فمنهم من حمله على الإيجاب تغليظاً وعقوبة لهما؛ لئلا يعودا إلى مثل ذلك، ومنهم من حمله على الاستحباب احتياطاً وخروجاً من الخلاف، فإن وقع الدخول لم يفسخ لأن الصداق قد وجب فلا يؤخذ المعنى الذي لأجله يفسخ قبل الدخول.

فصل [6. فيمن تزوج امرأة على درهمين]

إذا تزوجها على درهمين، فاختلف أصحابنا[3]: فعند ابن القاسم، لا يفسخ النكاح ويجبر على أن يكمّل الثلاثة دراهم ويمضى، أو يفسخ إن لم يرض، وعند غيره يفسخ وإن أكمل[4] المهر.

---

(1) لنا: سقطت من (ق).
(2) في (م): الصحيح.
(3) انظر: المدونة: (173/2)، التفريع: (38/2)، الكافي: ص: 250.
(4) في (م): كمل.

فوجه قول ابن القاسم: إن المهر ليس بفاسد في عينه، وإنما منع العقد لقصور عن المقدار المعتبر فيه، ففارق الخمر والخنزير، ووجه الفسخ أنه عقد بما لا يستباح البضع[1] به كالخمر والخنزير.

فصل [7. استحباب دفع شيء من الصداق قبل الدخول]

يستحب لمن يتزوج أن يدفع شيئاً من الصداق قبل الدخول[2]، وأقله ربع دينار؛ لأنه ﷺ فعل ذلك لما زوَّج فاطمة من علّي رضي الله عنهما[3]، ولأن العوض في النكاح متأكد من الأعواض في سائر العقود لحرمة البضع، ولأن التراضي بإسقاطه غير جائز فوجب تأكيده عليها في التسليم، وإن لم يفعل جاز؛ لأن تأخير القبض لا يخرجه عن الوجوب.

وإنما استحببنا أن يكون أقل ما يقدم أقل ما يستباح به الفرج ليكون في معنى من يقدم على فرج قد ملك استباحته ملكاً منبرماً، لأنه لو اقتصر في المهر على ذلك القدر لجاز.

فصل [8. فسخ النكاح قبل الدخول]

كل فسخ يكون قبل الدخول تنفرد به المرأة فلا صداق لها معه، من ذلك الأمة تعتق تحت العبد قبل الدخول فتختار نفسها، ولذلك لو ارتدت أو كانت أمة فباعها سيدها من زوجها أو لاعنها فالتعنت، ويفارق ذلك أن تختار نفسها بتمليكه أو تخييره فيجب لها نصف الصداق لأن الزوج هو السبب في الفسخ بتمليكه إياها[4] الفرقة، وكذلك لو أعسر بالصداق قبل

---

(1) في (ق): الفرج.
(2) انظر: المدونة: (170/2)، التفريع: (38/2-39)، الرسالة: ص: (196).
(3) أخرجه البيهقي: (252/2)، وأبو يعلى، والطبراني في الأوسط والكبير والبزار ورجال الطبراني رجال الصحيح (انظر مجمع الزوائد: 286/4).
(4) في (م): بتمليكها إياه.

الدخول أو جن فطلق عليه فلها نصف الصداق، لأن ذلك من جهته فكان كمن خيَّرَها[1].

والأصل في هذا الباب أن المرأة تملك الصداق بالعقد والتسمية ملكاً غير مستقر، وإنما يستقر بالموت أو بالدخول خلافاً للشافعي[2]، ولذلك[3] قلنا: إنه لو نمى في يدها أو نقص ثم طلقها كان النماء بينهما والنقصان عليهما، ولو تزوجها على شيء بعينه فتلف في يديه أو في يدها ثم طلقها قبل الدخول بها فلا شيء له عليها إذا كان تلفه بغير صنعها، ودليلنا: أنه لو كان ملكها قد استقر عليه لم يجز أن يبطل بعد استقراره، ولا أن يطرأ عليه ما يبطله كما لو دخل، وقد ثبت أنها لو ارتدت أو اختارت نفسها بالعتق قبل الدخول لم تستحق شيئاً، أصله[4] لو طلقت قبل الدخول لملكت النصف دون الجميع، فدل ذلك على أن ملكها له غير مستقر، وأنه يستقر بالدخول أو الموت.

فصل [9. إذا اشترت بالصداق شيئاً من مصلحتها ثم طلقت قبل الدخول]

إذا قبضت الصداق فاشترت به شيئاً من مصلحتها أو مصلحة زوجها مما جرى العرف في موضعهما بأن تتجهز المرأة به لزوجها ثم طلقت قبل الدخول، فله نصف ما ابتاعته ولا يلزمها أن تغرم له نصفه عيناً، فلو طالبها بنصف ما ابتاعته فأرادت هي أن تتمسك به وتعطيه مثل نصف ما أعطاها عيناً لم يكن لها ذلك إلا برضاه، فإن كان الذي اشترت به شيئاً تختص هي بمنفعته، فإن عليها أن تغرم له نصف العين الذي أخذت منه[5]، وعند أبي حنيفة والشافعي يلزمها أن تغرم له نصف العين الذي أخذت منه على كل

(1) انظر المدونة: (2/174-178)، التفريع: (2/39-43)، الرسالة ص: (202) الكافي ص: (251-253).
(2) وقال الشافعي: إذا سمى فإنه تملكه بمجرد العقد ملكاً مستقراً (انظر الأم: 5/60)
(3) في (م): كذلك.
(4) في (م)، و(ر) أصلاً.
(5) انظر: المدونة: (2/177-179)، التفريع: (2/41)، الكافى: ص: (252).

وجه[1]، ودليلنا أن العرف إذا كان جارياً بأن المرأة تتجهز[2] للرجل، وأنه يلتمس ذلك وعليه مضت عادة أهل بلدهم وجب متى فعلته أن يكون عليها نصاب ما اشترته؛ لأنه على ذلك دخل فكأنها قد فعلته بأمره لأنه قد علم أنها تصرفه فيه، فإذا كان العرف جارياً بذلك صار كأنه صرح فقال: قد أذنت لك أن تشتري بصداقك جهازاً، فإذا طلقها قبل الدخول لم يكن له إلا نصف ما اشترته به.

ودليلنا على وجوب ما ذكرناه قوله تعالى: ﴿ خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ ﴾[3]، ولأنه ﷺ أخذ صداق فاطمة رضي الله عنها فصرفه في جهازها من طيب وفراش ووسادتين على ما روي في الخبر[4] وفعله على الوجوب، ولأن علياً رضي الله عنه حكم بذلك في قضية ارتفع[5] إليه فيها: قضى على الأب بوجوب تجهيز ابنته، وقال للزوج لما طلق ودفع نصف ما دفعه وقال: أعطيت[6] دراهم وآخذ صوفا وخرقاً فقال: أنت أضعت مالك[7]، ولم يخالف عليه أحدا، فأما إذا صرفته في شيء تختص به مثل شراء عقار للتجارة[8]، أو تجارة أو غير ذلك، فإنها تغرم[9] نصفه عيناً؛ لأنها انفردت بمنفعته دونه؛ لأنه لم يدخل على ذلك، فكان كما لو قضت[10] به ديناً.

---

(1) انظر: مختصر الطحاوى ص: (188)، الأم: (5/61-62).
(2) في (ق): تجهز.
(3) سورة الأعراف، الآية: 199.
(4) سبق تخريج الحديث.
(5) في (م): ارتفعت.
(6) في (م): أعطى.
(7) أخرجه الإمام مالك مختصراً: (2/753)
(8) للتجارة: سقطت من (م).
(9) في (م): تصرف.
(10) في (م): قبضت.

فصل [10. في صداق المثل]

صداق المثل: يراعي فيه حالها في جمالها ويسارها وأبوتها وأقرانها ممن يشبهها من عشيرتها وجيرانها كن من عصبتها أو من غير عصبتها[1] خلافاً للشافعي في مراعاته العصبة[2]؛ لأن صداق المثل يختلف، ويقل ويكثر باختلاف ما ذكرناه في النساء من الجمال والمال والشرف، يدل عليه أن الإنسان يرغب في جمال المرأة فيبذل من الصداق أكثر مما يبذله للتي هي دونها في الجمال، وكذلك في[3] التي لها مال لارتفاقه بمالها وانتفاعه به فيبذل لها أكثر مما يبذل للفقيرة، فإذا ثبت ذلك وجب أن يكون هذا هو المعتبر دون نساء العصبات، فإن لم يسلموا دللنا عليه[4] بقوله: ﷺ "تنكح المرأة لدينها وجمالها ومالها فعليك بذات الدين تربت يداك"[5] فأخبر أن الغرض الذي يقصد من المرأة وعليه يبذل الصداق هو هذه الأشياء، فدلَّ على أن الاعتبار بها دون غيرها، ولأن نساء العصبة قد تختلف أحوالهن وحالها فيختلف الصداق باختلاف ذلك بحسب قلة الرغبة وكثرتها، فكان الاعتبار به دون ما لا يؤثر فيه.

فصل [11. إذا رضيت المرأة بأقل من صداق المثل]

إذا رضيت المرأة بأقل من صداق مثلها وهي ثيب لا حجر عليها جاز، ولم يكن للولي الامتناع من إنكاحها ولا اعتراض بالفسخ إن كان زّوَّجها ولي غيره[6]، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن مهر المثل من الكفاءة[7]، لأن كل من لم يكن له الاعتراض عليها في جنس المهر لم يكن له الاعتراض في

(1) انظر: المدونة: (2/181-182)، المقدمات: (1/476)، الكافي: ص: (250).
(2) انظر الأم: (5/71-72) مختصر المزني ص: (182).
(3) في: سقطت من (ق)
(4) في (ق) فإن لم يسلموه دليلنا.
(5) سبق تخريج الحديث.
(6) انظر: التفريع: (2/50)، الكافي: ص: (250-251)، المقدمات: (1/476)
(7) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 184)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (3/13-14).

مبلغه، أصله ابن الأخ مع وجود الأخ ، ولأنها حرة رشيدة لها التصرف في بدل منافعها فواجب أن لا اعتراض عليها في مالها أصله إذا أجرت نفسها للخدمة بأقل من أجرة مثلها.

فصل [12. نكاح الشغار]

نكاح الشغار[1] باطل[2] وصورته: أن يقول: زوجني ابنتك على أن أزوجك ابنتي، فيجعل بضع كل واحدة مهراً للأخرى من غير أن يذكر مهراً سواه، فهذا باطل يفسخ قبل الدخول وبعده، ولا يصح بوجه في المماليك ولا الأحرار نحو قوله: زوجني أمتك على أن أزوجك أمتي على أن لا صداق بيننا، فهو كقوله في الحرائر: زوجني ابنتك على أن أزوجك ابنتي ولا مهر بينهما في أن العقد مفسوخ[3] في الجميع، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إنه يصح ويلزمه فيه مهر المثل[4]، لما رواه ابن عمر: أنه ﷺ نهى عن نكاح الشغار، والشغار أن يزوج الرجل ابنته ويزوجه الآخر ابنته ولا مهر بينهما"[5] فإن كان هذا التفسير منه ﷺ فهو غاية المراد، وإن كان من الصحابي فهو أولى من تفسير غيره، ولأنه ملك بضع ابنته لشخصين الرجل وابنته، وذلك يوجب فساد العقد؛ لأن المهر يجب أن يكون ملكاً للمنكوحة فصار كما لو قال لرجلين: زوجت ابنتي لكل منكما، ولأنه عقد جعل فيه المعقود له معقودا به فلم يصح أصله إذا قال لعبده زوجتك ابنتي على أن تكون رقبتك مهراَ، ولأنه عقد شرط فيه المعقود به لغير المعقود له فلم يصح، أصله إذا قال: بعتك عبدي هذا على أن يكون ملكاً لزيد.

---

(1) الشغار: من شغر الكلب إذا رفع رجليه ليبول (الصحاح: 700/3)، وفي الاصطلاح: هو خلو البضع من الصداق (حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع ص: 175).

(2) انظر المدونة: (139/2-140)، التفريع (48/2)، الرسالة (197)، الكافي ص: (237).

(3) في (م): فاسد.

(4) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 181)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (18/3).

(5) أخرجه البخاري في النكاح، باب: الشغار: (126/6)، ومسلم في النكاح، باب: تحريم نكاح الشغار وبطلانه (1034/2).

فصل [13. إذا سمى مهراً لهما أو لأحدهما في نكاح الشغار]

فإن سمى مع ذلك مهراً لهما أو لأحدهما صح النكاح في التي سمى لها المهر، ووجب صداق المثل؛ لأنه لم يعقد على ما لا يصح أن يكون مهراً، وإنما ضم إلى المهر ما لا يصح أن يكون عوضاً في العقد فوجب فساده والرجوع إلى صداق المثل.

فصل [14. في نكاح المتعة]

نكاح المتعة[1] باطل[2]: وهو "العقد المؤقت بأجل" خلافاً للمبتدعة[3]، لنهيه ﷺ عنه يوم خيبر[4]، وقيل: يوم حنين[5]، وفي حديث الربيع بن سبرة[6] عن أبيه عن النبي ﷺ قال: "ألا إن الله حرمها"[7]، ولأنه عقد معاوضة مؤبدة فلم يصح مؤقتاً أصله البيع، ولأن خصائص النكاح لا تثبت فيه مثل الظهار والطلاق والتوارث فلو كان صحيحاً لتعلقت به كسائر الأنكحة الصحيحة، ولأنه يقف الوطء على مدة مقدرة كما لو استأجر امرأة ليطئها شهراً.

فصل [15. في الخطبة على الخطبة في حالة عدم الركون]

الخطبة على خطبة الغير لها حالتان: حال تجوز فيها، وحال تمنع[8]، فأما حال الجواز فهي إذا لم تنعم[9] له وتركن إليه، بل ابتدأ الخطبة أو وعد وعداً معلقاً من غير إجابة ولا ركون، فجاء غيره فخطب، فإن هذا لا يمنع؛ لأن

---

(1) **المتعة:** اسم التمتع وهو أن يشارط المرأة شرطاً على شيء إلى أجل معلوم ويعطيها ذلك فيستحل بذلك فرجها ثم يخلي سبيلها من غير تزويج ولا طلاق (المصباح المنير ص 562).

(2) انظر المدونة: (2/159- 160)، التفريع: (2/48)، الرسالة 197، الكافي ص: (238).

(3) قوله: المبتدعة يريد بذلك الشيعة الإمامية.

(4) أخرجه البخاري في النكاح، باب: النهي عن نكاح المتعة: (6/129)، ومسلم في النكاح، باب: نكاح المتعة (2/1027).

(5) أخرجه الطبراني وابن حبان وصححه (مجمع الزوائد: 4/264).

(6) الربيع بن سبرة: بن معبد الجهني، المدني، ثقة من الثالثة (تقريب التهذيب ص: 206).

(7) أخرجه مسلم في النكاح، باب: نكاح المتعة: (2/1026).

(8) انظر: الموطأ: (2/523)، الرسالة: ص: (197)، الكافي: ص: (230).

(9) أي أن تجاوب بنعم.

الناس لو منعوا من أن يخطبوا من قد خطبت أو روسلت أو كلمت لشق عليهم وضاق وأدى إلى أن لا يخطب أحداً امرأة إلا بعد أن يسأل ويبحث هل راسلها غيره أو ابتدأ خطبتها، وفي ذلك من الضيق والحرج ما يوضع عن الناس ولا يؤخذون به، وبمثله وردت السنة في حديث فاطمة بنت قيس[1]، لما جاءت النبي ﷺ أعلمته أن أبا جهم[2] ومعاوية[3] خطباها فقال رسول الله ﷺ: "أما أبو جهم فلا يضع عصاه من عاتقه، وأما معاوية فصعلوك لا مال له، ولكن انكحي أسامة بن زيد"[4]، فلم ينكر اجتماعهما عليها في الخطبة وخطب عليها لآخر، مثله حديث عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- لما خطب امرأة لابنه عبد الله ولمروان[5] وغيره، ثم خطبها لنفسه معهم فقالت المرأة: أجاد أمير المؤمنين أم هازل؟ قال: بل جاد، فقالت: قد أنكحت"[6]، فاستجاز عمر لنفسه أن يخطبها معهم لما لم يكن من جهتها إنعام لواحد منهم، ولا إجابة ولا ركون ولا وعد لتقرير، فدل على ما قلناه.

فصل [16. في الخطبة على الخطبة في حالة الركون]

الحالة الثانية: أن تنعم المرأة وتجيب وتركن إلى الخاطب ويتمهد[7] الأمر بينهما ويشترط كل واحد منهما على الآخر ما يريده ولم يبق إلا العقد أو قريب منه، فهذه الحال التي يمنع فيها أن يخطب الغير على خطبة من قد انتهى إليها[8]، فمتى خطب وعقد له عليه فالعقد غير صحيح ويفسخ على

---

(1) فاطمة بنت قيس: بنت خالد الفهرية، أخت الضحاك، صحابية مشهورة، وكانت من المهاجرات الأول، وعاشت إلى خلافة معاوية (تقريب التهذيب ص: 751).

(2) **أبو جهم** بن حذيفة، القرشي، العدوى، كان علامة بالنسب، من مسلمة الفتح (سير أعلام النبلاء: 556/2)

(3) **معاوية بن أبي سفيان**: صخر بن حرب بن أمية الأموي أبو عبد الرحمن، الخليفة، صحابي أسلم قبل الفتح، وكتب الوحي، مات في رجب سنة ستين (تقريب التهذيب ص: 537).

(4) أخرجه مسلم في الطلاق، باب: المطلقة ثلاثا لا يفقه بها: (1114/3).

(5) **مروان بن الحكم**: بن أبي العاص بن أمية، أبو عبد الملك الأموي المدني، ولي الخلافة في آخر سنة أربع وستين، مات سنة 105هـ (تقريب التهذيب ص: 525).

(6) عزاء ابن كثير إلى ابن عساكر (انظر البداية والنهاية: 257/8)، المغني: (605/6).

(7) في (ق): يتمادى.

(8) في (ق): إليه.

الظاهر من المذهب[1] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[2]، ولمن ذهب إلى خلافه من أصحابنا[3]، لنهيه ﷺ أن يخطب الإنسان على خطبة أخيه[4]، والنهي يقتضي الفساد، ولأن هذا ذريعة إلى الإفساد على الناس وإدخال الأذى عليهم، لأنه لا يشاء أحد أن يفسد على غيره ويؤذيه إلا تركه يخطب ويبعث ويجتهد حتى إلا لم يبق إلا الفراغ جاء فأفسد عليه، فوجب حسم الباب بإبطال ما أدى إلى هذا من الفعل ليرتدع من يفعل ذلك على ألا يعود لمثله كما وجب مثله في التلقي[5] وغيره.

فصل [17. النكاح على صداق مجهول]

يجوز النكاح على عبد مطلق أو وصيفة مطلقة غير موصوفة ولا معينة، ويجب الوسط من رقيق ذلك البلد، وكذلك على جهاز بيت ويكون لها الوسط من جهاز أهل الحضر، أو البادية إن كانت بدوية أو حضرية[6]، وقال محمد بن عبد الحكم: لا يجوز إلا على معلوم مقدور، وهو قول الشافعي[7]، ودليلنا قوله تعالى: ﴿أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَالِكُم﴾[8]، وقوله: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾[9] فعم، وقوله ﷺ: "ما تراضى عليه الأهلون"[10]، ولم يفرق، ولأن النكاح لما لم يكن المقصود منه المعاوضة المحضة، وإنما القصد به المكارمة والمواصلة دون العوض بدليل أنه لا يفسد بفساد العوض ولا بعدم ذكره في العقد بخلاف ما يكون المقصود منه العوض كالبياعات وغيرها

---

(1) انظر: الموطأ: (523/2)، المقدمات: (481/1)، بداية المجتهد: (6/351-353)، الكافي: ص: 230.
(2) انظر: بدائع الصنائع: (1410/3)، المهذب: (47/2).
(3) قال ابن عبد البر: وعن أصحاب مالك في هذا الباب آراء مختلفة واضطراب (الكافي: ص: 230)
(4) أخرجه البخاري في النكاح، باب: لا يخطب على خطبة أخيه: (136/6)، ومسلم في النكاح، باب: تحريم الخطبة على خطبة أخيه: (1032/2).
(5) يعني تلقي الركبان.
(6) انظر: المدونة: (2/170-171)، التفريع: (2/37-38)، الكافي: ص: (150-151).
(7) انظر: الأم: (5/58-589)، الإقناع ص: (140-141).
(8) سورة النساء، الآية: (24).
(9) سورة البقرة، الآية: (237).
(10) سبق تخريج الحديث.

مما يقصد به المكايسة والمتاجرة، جاز أن يسقط تعيينه[1]، وصفته: إذا كان هناك طريق يوصل إليه غيره كما جاز لهذا المعنى السكوت عن ذكره جملة عند العقد.

فصل [18. اشتراط النكاح حباء على الخاطب]

إذا شرط المنكح حباء[2] على الخاطب، فإن كان في العقد وعليه وقع العقد، فهو لاحِقٌ بالصداق؛ لأن العقد وقع عليه واستحل البضع بالصداق وبه، فإن طلقت قبل الدخول رجع الزوج بنصفه كالصداق، وإن كان ذلك بعد تمام العقد وانبرامه كأنه قال: زوجني على مائة دينار، فقال قد زوجتك عليها، فقال: الخاطب قبلت، ثم قال له الولي من بعد: فبماذا تَحْبُوني؟ قال: بكذا وكذا، فهذا يكون للولي خاصة لا رجوع فيه للزوج ولا للمرأة[3]؛ لأن ذلك جعل من الزوج للوكيل أو هبة له مستأنفة لم يقع العقد عليها، وكذلك إن كانت الهبة للمرأة أو لبعض أهلها بعد استقرار النكاح غير مشترطة في العقد.

فصل [19. إذا تزوجها على صداق مسمى ثم زادها عليه]

فأما إن تزوجها على صداق مسمى ثم زادها في الصداق بعد تمام العقد وإنبرامه ثم طلقها قبل الدخول رجع بنصف الزيادة وجعلها[4]، كالعطية إذا مات المعطي قبل أن تقبض.

وقال الشيخ أبو بكر وغيره من أصحابنا؛ القياس يجب أن لها الزيادة بالموت قالوا: لأنه لا يخلو أن تكون الزيادة حكمها حكم المهر أو الهبة التي لا تستقر إلا بالقبض، فإن كانت كالمهر[5] وجب استحقاقها بالموت

---

(1) في (م)، و(ر): بعينه.
(2) الحباء - بالمد والكسر- إذا أعطيته الشيء بغير عوض (المصباح المنير ص: 120)
(3) انظر: التفريع: (2/49-50)، الكافي: ص: (251).
(4) في (ق): جعله.
(5) في (ق): مهراً.

كالمهر، وإن كانت كالهبة وجب أن لا يجب لها نصفها بالطلاق قبل الدخول لتأخر القبض، فلما وجب نصفها دل على أنها في حكم الصداق[1].

فصل [20. نكاح التفويض]

نكاح التفويض جائز[2] وصفته: أن يعقدا النكاح ولا يذكرا صداقاً، فالزوج بين ثلاثة[3] خيارات: إما أن يتراضيا على مهر يفرضانه أو يفرضه أحدهما ويرضى به الآخر فيجوز ذلك، أو أن يبذل المثل ويدخل ولا يعتبر رضاها هاهنا، أو أن يطلق ولا يلزمه صداق وليستحب له أن يمنع، ومن مات منهما قبل الدخول والفرض[4]، فللآخر الميراث دون الصداق.

فصل [21. أدلة جواز نكاح التفويض]

وإنما قلنا: إن نكاح التفويض جائز، لقوله تعالى ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾[5] فأباح الطلاق مع عدم الفرض والمسيس، والطلاق المباح لا يكون إلا في نكاح صحيح ولا خلاف فيه، ولأن النكاح لما كان طريقه المواصلة والمكارمة دون المغابنة والمكايسة جاز فيه من التسامح ما لم يجز في البيوع، وإنما قلنا: إنهما إن تراضيا على شيء من بعد جاز وكان صداقاً لقوله ﷺ: "أدوا العلائق"، قيل: وما العلائق يا رسول الله؟ "ما تراضى عليه الأهلون"[6]، ولأن الحق فيه لا يخرج عنهما فيما زاد على حق الله تعالى الذي لا يجوز تراضيهما على إسقاطه وهو أقل المهور، فما تراضيا[7] به من شيء يجوز أن يكون عوضاً جاز.

---

(1) انظر: التفريع: (50/2)، الكافي: ص: (251).
(2) انظر: المدونة: (180/2-181)، التفريع: (51/2-52)، الرسالة: ص:(200)، الكافي: ص: (2500).
(3) في (م): بين ثلاث.
(4) يعني أن فرض الصداق.
(5) سورة البقرة، الآية: 236.
(6) سبق تخريج الحديث.
(7) في (م): رضيا.

فصل [22. إذا لم يتراضيا على شيء مقدر في نكاح التفويض]

وإنما قلنا: إنهما إذا لم يتراضيا على شيء مقدر كان له أن يدخل بعد بذل صداق المثل من غير اعتبار برضاها، وكذلك لو دخل بها ابتداء، لأنه قد ملك الاستباحة بالعقد فليس عليه أكثر من بذل قيمة البضع، وإنما لم نعتبر[1] رضاها، لأنها لما ملكته الاستباحة قبل التسمية كان ذلك رضا منها بفرضه أو بقيمة بضعها.

فصل [23. إن طلق قبل الدخول والتسمية]

وإنما قلنا: إنه إن طلق قبل الدخول والتسمية فلا مهر عليه؛ لأن المهر لا يستحق إلا بدخول أو بموت بعد التسمية وقد عدما، وأما المتعة فنذكرها[2] فيما بعد.

فصل [24. إيجاب التوارث إن حصل موت قبل الفرض في نكاح التفويض]

وإنما أوجبنا بينهما التوارث إن حصل موت قبل الفرض، لأن النكاح صحيح والتوارث واجب في العقد الصحيح، وإنما قلنا: لا يجب صداق المثل[3] بالموت[4] خلافاً لأبي حنيفة وأحد قولي الشافعي[5] أنه يجب لها مهر المثل، لأنها ماتت قبل الفرض والدخول، فلم تستحق مهر المثل أصله مع أبي حنيفة الكتابية، ومع الشافعي إذا طلقت قبل الدخول.

---

(1) في (م): يعتبر.
(2) في (م): فتذكر.
(3) المثل: أسقطت من (م).
(4) انظر: المدونة: (181/2)، التفريع: (52/2)، الكافي: ص: 230.
(5) انظر: مختصر الطحاوي ص: (184)، مختصر المزني ص: (181)، وأبو حنيفة يقول: إذا مات الزوج عن امرأته التي لم يُسَم لها مهراً فلها مهر المثل، مسلمة كانت أم كتابية.

فصل [25. تزوجها على حكمه أو حكمها أو حكم فلان]

يجوز أن يتزوجها على حكمه أو حكمها أو حكم فلان[1] خلافا لعبد الملك، لأنه ليس في ذلك أكثر من تقدر الصداق في ثاني حال[2]، فهو في معنى التفويض.

إذا ثبت جوازه نظر، فإن فرض من رد الحكم إليه منهما أو من غيرهم فرضيا به جاز ولزم، وإن لم يتراضيا به فالخيار إلى الزوج إن شاء فرض صداق مثلها ولزمها، وإن شاء طلق ولا مهر عليه كالتفويض هذا إذا تزوجها على حكمه أو حكم أجنبي.

فأما إن تزوجها على حكمها، فلم يتراضيا على شيء فاختلف أصحابنا: فمنهم من قال: إن بذل لها صداق المثل لزمها كالتفويض، وهو قول ابن عبد الحكم وأصبغ وأحد قولي ابن القاسم؛ ومنهم من قال: لا يلزمها الرضا بصداق المثل بخلاف التفويض وهو قول أشهب وقول ابن القاسم الآخر.

ووجه القول بأن ذلك يلزمها اعتباره بنكاح التفويض بعلة أنه عقد سكت فيه عن العوض ليوقع فيما بعد ولتحكم الغير بعلة عدم الرضا بالحكم لو[3] علق بحكم فلان، ووجه القول بأنه لا يلزمه فلأن الحكم توجه إلى جهة[4] فلا يلزمها الرضا بحكم غيرها، كما لو علق بحكم فلان، ولأن تعليق الرضا بحكمها إنما هو احتراز من أن تلزم بما لم ترض به فلو كان ذلك يلزمها لم ينفعها اشتراطها شيئاً.

---

(1) انظر: التفريع: (52/2)، الكافي: ص: 231.
(2) حال: سقطت من (م).
(3) في (م): الذي.
(4) في (م): جهتها.

فصل [26. إذا أعتق أمةً على أن تزوجه نفسها]

إذا أعتق أمته على أن تزوجه من نفسها[1]، فإن أبت لم يلزمها ذلك[2] خلافاً لقوم[3]؛ لأن الإجبار ساقط عنها بعدم الرق والولاية، فكان لها الخيار.

فصل [27. من أعتق أمةً على أن يكون عتقها صداقها]

من أعتق أمته[4] على أن يكون عتقها صداقها لم يجز ذلك؛ لأن الصداق إنما يكون صداقاً إذا قارن العقد أو صادف عقداً آخر[5]، فأما تقدم عليه فلا يصح، والعتق ها هنا متقدم على العقد فلم يكن صداقاً.

فصل [28. إذا خالعها قبل الدخول على مال تدفعه إليه]

إذا خالعها[6] قبل الدخول على مال تدفعه إليه ولها عليه صداق مسمى، فإن سميا أنه من الصداق جاز، وسقط ذلك القدر من صداقها[7]؛ لأنها قد أخذت عوضاً به وهو الطلاق الذي في مقابلته، وكان لها نصف الباقي؛ لأنها على الأصل وجوب النصف لها، فإن نصا على أنه من عندها لزمها دفعه إليه من مالها، فلم يكن لها أن ترجع عليه بنصف الصداق؛ لأن دفع شيء من عندها يتضمن ترك حقها من الصداق، فإن لم يرض أن يطلقها إلا بشيء يأخذه منها، وأجابت إلى ذلك كانت عن شيء تأخذه منه أبعد، فإن سكتا فلا شيء لها من الصداق عند مالك وأكثر الصحابة، وقال أشهب: ترجع عليه بنصف الصداق، فوجه قول مالك: إن ظاهر سكوتها وإبهامها الخلع بمنزلة النص على أنه من عندها على ذلك هو الأصل ولا

---

(1) في (م): يزوجها نفسه.
(2) انظر: المدونة: (2/179-188)، التفريع: (2/38-39).
(3) في أحد قولي الحنابلة (انظر: المغني: 6/470).
(4) في (ق): أمة.
(5) آخر: سقطت من (م).
(6) الخلع: مأخوذ من الاختلاع، وهو نزع الشيء عن الشيء، وهو في الاصطلاح: معاوضة عن البضع تملك به المرأة نفسها، ويملك الزوج به العوض عليها ملكاً تاماً (المقدمات: 1/558-559).
(7) انظر: المدونة: (2/233-234)، التفريع: (2/39-40)، الكافي: ص: (376).

يصح إضافته إلى الصداق إلا بأن يعيناه نطقاً، وإذا كان كذلك تضمن سقوط حقها من الصداق كما لو نصت على أنه من عندها، ووجه قول أشهب: إن الإبهام يقتضي تعلقه بالذمة ولا يقيد الإبراء من الصداق كالدين، وقول مالك أصح؛ لأنها لو أرادت الرجوع بالنصف لم تلزمها ذمتها شيء سواه.

فصل [29. إذا وهبت له صداقها قبل القبض أو بعده]

ولو وهبت له صداقها قبل القبض أو بعده وهي جائزة الأمر ثم طلق قبل الدخول لم يرجع عليها بشيء[1] خلافاً للشافعي في قوله: إن له نصف قيمته[2]؛ لأن هبتها الصداق له قد صار ملكاً له، فلو استحق عليها بدل النصف لكان قد حصل له البدل، والمبدل وذلك خلاف الأصول.

فصل [30. امتناع تسليم المرأة نفسها حتى تقبض الصداق]

وللمرأة أن تمتنع من تسليم (نفسها حتى تقبض الصداق، فإن سلمت نفسها ودخل بها وأرادت الامتناع من بعد حتى تقبض الصداق لم يكن لها ذلك خلافاً لأبي حنيفة[3]؛ لأنه تسليم)[4]، يستقر به البدل، فوجب أن يسقط حكم الامتناع كتسليم السلعة في البيع، ولأن تسليمها نفسها في الابتداء رضاً منها ببقاء المهر في ذمته وامتناعها بعد ذلك رجوع[5] فيما قد تركته.

---

(1) انظر: المدونة: (2/175-176)، التفريع: (2/349-300).

(2) انظر: الأم: (5/74)، مختصر المزني ص: (183)، وقال: ففيها قولان: أحدهما يرجع عليها بنصفه، والآخر لا يرجع عليها شيء ملكه.

(3) انظر: مختصر الطحاوي ص: (188).

(4) ما بين قوسين سقط من (م).

(5) في (ق): رجوعها.

فصل [31. إذا انضم إلى النكاح عقد بيع]

إذا انضم إلى النكاح عقد بيع قال مالك وابن القاسم: لا يجوز، وقال أشهب: يجوز، وقال عبد الملك: إذا بقي بعد طرح قيمة البيع مقدار ربع دينار فأكثر جاز[1]، وجه قول مالك: أن النكاح عقد مخصوص من سائر عقود المعاوضات بأحكام العوض لا يوجد في غيره من العقود، فوجب أن ينضم إليه عقد غيره كالصرف والقراض، ولأنه يجوز[2] أن يكون العوض في مقابلة البيع فيعرى البعض من عوض، ويكون ذلك ذريعة إلى إباحة وإسقاط المهر واعتباراً به إذا لم يبق قسط من العوض، ووجه قول أشهب: إنه ليس في ذلك أكثر من الجهالة بمقدار المهر، ولذلك لا يمنع صحة العقد كما لو تزوجها على حكم زيد، ووجه قول عبد الملك: إن المنع خيفة أن يعرى النكاح من عوض، فإذا أمن ذلك جاز.

فصل [32. الاختلاف في قدر الصداق]

وإذا اختلفنا في قدر الصداق نظر: فإن كان قبل الدخول تحالفا وتفاسخا وبدئت باليمين[3]، لأنها أقوى سبباً، لأن الأصل معها: وهو أن منافع بضعها غير مملوكة عليها إلا بما تقر به أو يثبت ذلك[4] لمدعيه عليها، فإن حلفت قيل للزوج: إما أن تحلف ويسقط عنك الصداق الذي ادعته أو تكون بالخيار بين أن تدفع إليها ما حلفت عليه، فتدخل بها شاءت أو أبت، وبين أن تطلق ولا يلزمك شيء أو أن تنكل فيلزمك ما حلفت عليه، لأنه قد اجتمع لها[5] سببان مؤثران في الحكم: يمينها ونكول الزوج، وهذا

(1) انظر: المدونة: (170/2).
(2) في (م): لا يجوز.
(3) انظر: المدونة: (118/1-183)، التفريع: (42/2-43)، الرسالة: ص: (197-198)، الكافي: ص: (253-254).
(4) ذلك: سقطت من (م).
(5) في (ق): له.

إن حلفت، فأما إن نكلت فيحلف الزوج ويكون له ما يدعيه، وإن كان بعد الدخول فالقول قول الزوج مع يمينه لقوة سببه بالتصرف فيما عقد عليه، ولأنها لما سلمت[1] نفسها من غير إشهاد عليه كان ذلك رضا منها بأمانته، فإن نكل حلفت فاستحقت ما ادعته وذلك مبني على اختلاف المتابعين وهو مذكور في البيوع.

فصل [33. الاختلاف في قبض الصداق]

وإن اختلفا في قدر قبض الصداق فالقول قولها في ذلك قبل الدخول، فأما بعده فينظر في البلد الذي هما فيه، فإن كان هناك عرف متقرر وغالب بدفع الصداق وأن الزوج لا يمكن من الدخول إلا بعد إيفائه: فالقول قول الزوج، وعلى هذا حمل أصحابنا إطلاق مالك رحمه الله الجواب في هذه المسألة[2]؛ لأن العرف كذلك كان عندهم بالمدينة إلا أن يكون معها ذكر حق فيكون القول قولها، لأن العرف معه بتبقية ذكر الحق في يدها؛ لأن العرف جار بأخذه منها بعد إيفائه الحق وإنها لا تسلمه إلا إذا استوفته، وإن كان موضعهما لا عرف فيه متقرر فالقول قولها، وقال أبو حنيفة والشافعي: القول قولها جملة بغير تفصيل[3]، فدليلنا قوله تعالى: ﴿وَأۡمُرۡ بِٱلۡعُرۡفِ﴾[4] فعم، ولأن اليمين في الأصل متوجهة على أقوى المتداعيين سبباً، والزوج في هذا الموضع أقوي سبباً لشهادة العرف له كما كان قبل الدخول القول قولها لقوة سببها عليه، وبالله التوفيق.

---

(1) في (م): أسلمت.
(2) انظر: المدونة: (182/2)، التفريع: (43/2)، الكافي: ص: 253.
(3) انظر: مختصر الطحاوي ص: (185)، الأم: (7/5).
(4) سورة الأعراف، الآية: (199).

باب: عيوب النكاح

إذا وجد بالمرأة عيب يؤثر في المعنى المقصود بالنكاح، ويمنع الالتذاذ واستيفاء الاستمتاع، فالزوج بالخيار إذا علم بذلك قبل الدخول إن شاء ثبت على النكاح ودفع الصداق ودخل، وإن شاء فارق ولا صداق عليه[1]، وهذه العيوب أربعة وهي: الجنون، والجذام[2]، والبرص[3]، وداء الفرج وهو: القرن[4]، والرتق[5] وما في معناهما، وقال أبو حنيفة: لا ترد بشيء من ذلك[6]، ودليلنا ما روي: أنه ﷺ تزوج امرأة من بني بياضة[7]، فوجد بكشحها بياضاً فردها، وقال: "دلستم عليّ"[8]، ولأن ذلك مروي عن عمرو وعليّ[9] ولا مخالف لهما، وما يروى[10] عن ابن مسعود من قوله: لا ترد الحرة بعيب[11] محمول على ما عدى هذه العيوب، ولأن لا يسلك بها سبيل الأمة المبيعة، ولأنها عيوب تؤثر في استفياء الاستمتاع المقصود وتنقص كمال اللذة فوجب أن يثبت معه الخيار إذا دخل على السلامة أصله

---

(1) انظر في عيوب النكاح: المدونة: (167/2-169)، الرسالة ص: س (203)، الكافي ص: 258-259.
(2) الجنون معروف والجذام: داء يقطع اللحم (المصباح المنير ص: 94).
(3) البرص: يكون اسوداً وأبيضاً، وعلامته التفليس بأن يكون عليه قشر يشبه الفلوس (الفواكه الدواني: 40/2).
(4) القرن: بفتح القاف وسكون الراء – هو خروج شيء بارز في الفرج يمنع الجماع (الفواكه الدواني: 40/2).
(5) الرتق – بفتح الراء والتاء-: هو انسداد مسلك الفرج، بحيث لا يمكن الجماع معه (الفواكه الدواني: 40/2).
(6) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 181)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (24/3-25).
(7) الثابت في الحديث بنى غفار.
(8) أخرجه البيهقي: (214/7)، وأحمد: (493/3)، وأبو نعيم في الطب، وفيه اضطراب (تلخيص الحبير: 177/2).
(9) أخرجه البيهقي: (214/7-215)، والموطأ: (526/2)، وأخرجه سعيد بن منصور (انظر تلخيص الحبير: 177/2).
(10) في (م): وما يروونه.
(11) أخرجه ابن أبي شيبة: (212/1).

الجب[1] والعنة، ولأنه عقد معاوضة فوجب أن يثبت فيه الخيار متى وجد الجنون المعقود في عليه كالبيع.

فصل [1. لزوم المهر إذا ثبت النكاح]

إذا ثبت أنه بالخيار على النكاح لزمه المهر كاملاً، لأن الفسخ حق له، فإذا رضي بالعيب فقد أسقط حقه من الفسخ، ورضي ببذل الصداق فكان له ذلك، كالمبتاع إذا وجد بالمبيع عيباً، فإن فارق قبل الدخول فلا صداق عليه؛ لأنه دخل على السلامة، وأن يبذل الصداق مع التمكين من الاستمتاع؛ فإذا لم يقدر على ذلك لم يلزمه، ولأن الفسخ ها هنا من قبل المرأة. لأن العيب المانع من الاستمتاع من جهتها، وإذا كان الفسخ قبل الدخول من جهة[2] المرأة لم تستحق شيئاً من الصداق.

فصل [2. إذا لم يعلم الزوج بالعيب حتى دخل]

وإن لم يعلم بذلك حتى دخل فحق الخيار ثابت له؛ لأنه لم يوجد منه رضا به فلم يسقط خياره، ويدفع العوض من الاستمتاع؛ لأنه لا يجوز أن يعرى منه ثم ينظر فيمن غرَّه فيرجع عليه بالمهر الذي سماه أو غيره مما يدفعه؛ لأنه إن كان سمى مهراً لزمه المسمي، وإن لم يكن سمى شيئاً فصداق المثل؛ وإن كان الذي عقد له ولياً يعلم منه أنه غره، وإن كان يعلم ذلك منها فدلسه عليه –مثل الأب في البكر أو الأخ– فإنه إذا أدى الصداق رجع عليه بجميعه، فإن كان ابن عم أو مولى أو من العشيرة أو السلطان أو من لا يظن به علم ذلك لم يرجع عليه، ويرجع به على المرأة نفسها ويترك لها ربع دينار أو ثلاثة دراهم، خلافاً للشافعي في قوله: لا رجوع له على الولي ولا على المرأة على كل وجه[3]، لما روى عن عمر ﵁ أنه قال: "أيما رجل نكح

(1) الجب: هو قطع الذكر مع الأنثيين (الفواكه الدواني: 40/2).
(2) جهة: سقطت من (م).
(3) انظر: الأم: (84/5-85). الإقناع: ص: 138-139.

امرأة وبها جنون أو جذام أو برص فمسها فلها صداقها، وذلك لزوجها غرم على وليها"، ونحوه عن عليّ رضي الله عنه[1]، ولا مخالف لهما من الصحابة، ولأننا لو قلنا: إنه لا رجوع له عليها لألزمناه بذل العوض من غير أن يحصل له في مقابلته الاستمتاع الذي دخل عليه لأنه دخل على التأبيد لا على مرة واحدة.

فصل [3. في تركه قدر ربع دينار نظير الاستمتاع]

إنما قلنا: إنه يترك لها قدر ربع دينار، لئلا يخلو الاستمتاع من بذل، ولا يجوز أن يستباح الفرج بعقد نكاح إلا بعوض، وإنما قلنا: إنه إذا رجع به على الولي رجع بجميعه ولم يترك له[2] شيئا أصلاً لأن المرأة يحصل لها مهراً كاملاً: لأن الولي إذا غرمه للزوج لم يرجع به عليها فليس في ذلك غرر، ولا بد للاستمتاع من عوض يحصل للمرأة.

فصل [4. العيب يكون في الرجل]

وللمرأة إذا وجدت ذلك بالرجل من الخيار مثل ما للرجل[3]، ولقوله تعالى ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[4]، ولأن لها حقا في الاستمتاع، فإذا وجدت مانعاً منه، أو من كماله كان لها الخيار كالرجل واعتباراً بالجب والعنة، واختلف عنه البرص، والصحيح أن الرد يثبت لها معه اعتباراً بالجذام، وهذا إذا وجد به[5] قبل الدخول وبعده، فإن اختارت الفسخ قبل الدخول، فالمهر له؛ لأن الفسخ من قبلها، وإن كان بعد الدخول فلها المهر كاملاً لاستمتاعه بها ولاستقراره لها بالدخول.

---

(1) سبق تخريج الأثرين قريبا.
(2) في (م): لها.
(3) انظر المدونة: (129/2)، التفريع: (47/2)، الرسالة ص: (205)، الكافي ص: (258).
(4) سورة البقرة، الآية: (228).
(5) في (م): وجدته.

فصل [5. إذا تزوجا سليمين ثم حدث العيب]

إذا تزوجا سليمين ثم حدث لهما أو بأحدهما بعض هذه العيوب، فإن كان قبل الدخول نظر، فإن حدث بالمرأة فلا رد للزوج وهو بالخيار إن شاء دخل وكمل لها المهر، وإن شاء طلق ولزمه نصفه[1] خلافاً للشافعي[2] في أحد قوليه: إنه يطلق ولا يلزمه شيء؛ لأنه عقد على منفعة مستدامة غير موفية تتناول معقوداً عليه[3] سليماً حين العقد، فلم يكن حدوث عيب في المستأنف موجباً له الخيار، ولأنه لم يكن هناك تدليس ويفارق الإجارة؛ لأنها مؤقتة محصورة، وإن كان بها ذلك بعد الدخول فلها المهر كاملاً وحكمه معه كحكمه لو لم يحدث بها شيء، وإن كان حدث ذلك بالزوج، فإن كان قبل الدخول فلها الخيار، ويبق أن تقيم معه أو تفارقه ولا شيء لها، لأن الفسخ من قبلها، وإن كان بعد الدخول فخيارها ثابت، وقد استحق الصداق كله بالدخول، والفرق بينها وبين الزوج في إثبات الخيار لها ونفيه عن الزوج فيما يحدث بعد العقد أنها لا تقدر على رفع العقد، فلو لم يثبت[4] لها الخيار لأدى ذلك إلى استدامة الضرر بها، والزوج بيده رفع العقد فلم يكن له خيار.

فصل [6. العيوب التي لا ترد بها الزوجة]

ولا ترد إذا وجدت عمياء، أو عوراء، أو قطعاء، أو سوداء، أو محدودة، أو ولد زنا، أو ما سوى العيوب الأربعة[5]، وما في معناها[6]؛ لأن كل هذه العيوب لا تمنع الاستمتاع ولا استيفاء المقصود بالعقد إلا أن يشترط

---

(1) في (م): النصف.
(2) انظر مختصر المزني ص: (179-178)، الإقناع ص: (138-139).
(3) في (ق): عليها
(4) في (م): يكن.
(5) انظر المدونة: (2/167-168)، التفريع: (2/47)، الكافي ص: (259).
(6) وما في معناها: سقطت من (ق).

السلامة فيكون له الرد، ولا يلزم الولي إخباره بذلك، ولا بأنها كانت[1] زنت أو قذفت، فحدت أو سرقت فقطعت؛ لأن كل ما يوجب له الرد لم يلزم الولي إخباره به كما لا يلزمه إخباره بأنها قد سافرت، أو كان لها زوج قبله، أو عدة أزواج، وما أشبه ذلك مما لا توجبه الولاية.

(1) كانت: سقطت من (م).

باب: العيوب التي توجد بالزوج خاصة

والعيوب التي توجد بالزوج خاصة تمنع الوطء وتوجب الخيار للزوجة أربعة وهي: الجب والخصاء والعنة والاعتراض، فالمجبوب هو: المقطوع ذكره وأنثياه.

والخصى هو: المقطوع منه أحدهما، فإن كان مقطوعهما كان مجبوباً، وقد يسمى خصياً أيضاً إلا أن اسم الجب أغلب عليه، والعنين: هو الذي له ذكر شديد الصغر لا يمكنه الجماع ولا يأتي منه انتشار يولج به لصغره.

والمعترض هو الذي لا يقدر على وطء المرأة لعِلَّة تعترضه وهو بصفة من يمكنه الوطء، وربما كان قد وطئ قبل ذلك، وربما اعترض عن امرأة ولم يعترض عن أخرى، وأصحابنا يسمون هذا العنين تجوزاً[1]، وتشبيهاً بالعنين الذي وصفناه، وكذلك من تقدم من الصحابة والتابعين، وحقيقة اسمه المعترض كذلك زعم ابن حبيب.

فإذا تزوجت المرأة على السلامة فوجدت به أحد هذه العيوب كان لها الخيار على الوصف الذي نذكره، أما المجبوب والخصي فلها الخيار بين أن تقيم معه، أو تفارقه لعدم الاستمتاع به، لأن لها حقاً في الاستمتاع، فإذا عدم[2] منه لم تجبر على الرضا، والأصل فيه قوله تعالى ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾[3]؛ ولأنه لو آلى منها لكان لها توقفه وتطالبه مع الامتناع بالفراق مع قدرته على الوطء، فكان في الخصي والمجبوب أولى، ولأنه لما كان

---

(1) انظر: حدود ابن عرفة - مع شرح الرصاع ص: (169).
(2) في (م): عدمته.
(3) سورة البقرة، الآية: (228).

له الخيار مع الرتق والقرن لعدم الاستمتاع المقصود بعقد النكاح مع إمكان تخلصه منه بالطلاق كان بأن يكون لها الخيار في هذه المواضع أولى.

فصل [1. الخصى يمكنه الوطء لكنه لا ينزل]

فإن كان الخصى قائم الذكر يمكنه أن يطأ إلا أنه لا ينزل فلها الخيار أيضاً؛ لأن وطأه ناقص عن الكمال فكان لها الخيار، فإن ثبت المقام معه سقط خيارها، وكذلك إن أمكنته بعد علمها بعيبه من تقبيل ولمس، أو تلذذ بمباشرة فلا خيار لها، وإن اختارت فراقه فلا صداق لها، لأن الفراق من قبلها.

فصل [2. العنين يصح منه الوطء]

فأما العنين –ويريد به المعترض عن امرأته ويصح منه الوطء، ويرتجى زوال الاعتراض عنه– فلزوجته الخيار بين أن تقيم معه أو تفارقه، وذلك بأن يُضرب له الأجل من يوم ترفعه إلى الحاكم، للحر سنة، وللعبد ستة أشهر، فإن أصاب في مدة هذا الأجل وإلا طلق عليه إن اختارت ذلك[1] خلافاً لداود في قوله: إنه لا يؤجل[2]؛ لأن ذلك إجماع الصحابة، وروي عن عمر وعثمان وعليّ وابن مسعود[3] وغيرهم ﵃، ولا مخالف لهم واعتباراً بالخصاء والجب.

وإنما قلنا: إن الأجل سنة لما رويناه عن الصحابة، وللمعنى وهو أن الاعتراض مرض من الأمراض يرجى زواله ولا يتيقن لزومه، والمقصود بضرب الأجل إمهاله مدة يعالج نفسه فيها ويجتهد في زوال هذا العارض عنه، وليس كالجب والخصاء اللذين لا يرجى زوالهما، فوجب أن يكون المضروب له من

---

(1) انظر المدونة: (2/194-196)، التفريع: (2/47-48)، الكافي ص: (258).
(2) انظر: المحلى: (11/269)، المغنى: (6/668).
(3) البيهقي: (7/226- 227)، وعبد الرزاق: (6/253-255). المغنى (6/668).

المدة قدراً من الزمان يتمكن فيه من ذلك، فكانت السنة أولى ما ضرب له؛ لأن ذلك إن كان من مرض يؤثر فيه الزمان، فالسنة تجمع الفصول الأربعة، فلعله بالانتقال إلى زمان آخر يزول عنه ولأنها قد جعلت هذا في النكاح وغيره ولاختبار أمور يحتاج إلى اختبارها، منها طول البِكر عند الزوج وعودها بكراً، وعهدة الرقيق في الأدواء الثلاثة وغير ذلك.

واختلف في أجل العبيد: (فقيل: سنة، وقيل: ستة أشهر)[1]، فوجه القول بأنه سنة اعتباراً بالحر، ولأن الغرض بذلك اختباره في تأثير الأزمنة في مرضه، وذلك يستوي فيه الحر والعبد.

ووجه القول بأنه ستة أشهر أنه يقربه من الفراق كأجل الإيلاء.

فصل [3. في الأجل الذي يضرب للعنين]

وإنما قلنا: إن الأجل من يوم ترفعه[2] لا من يوم تزوجته، أو علمت به بخلاف المولي؛ لأنه حق لها لا تستحقه[3] وهو مفتقر إلى اجتهاد الحاكم بخلاف المولي، ولأن المولي لا عذر له في أن يستأنف الأجل، لأنه قصده الإضرار وللمعترض بخلافه لأن يقول: إني معذور بترك العلاج لأني لم أعلم أنها ترافعني، فكنت أقدم الاجتهاد في ذلك.

فصل [4. في عدم الحكم بعنته بدعوى الزوجة]

ولا يحكم بعنته بدعواها إذا أنكر[4]، خلافا لأحمد بن حنبل[5]؛ لأن الأصل السلامة، ولأن الدعوتين إذا تعارضا وإحداهما يقتضى رفع العقد أو إثبات خيار فيه، فالقول قول مدعى الصحة والاستقرار، كدعوى المشترى

---

(1) ما بين قوسين سقط من (م) ومن (ر).
(2) في (م): ترافعه.
(3) في (م): يستحق.
(4) انظر: التفريع: (48/2)، الكافي ص: (258).
(5) انظر: مسائل الإمام أحمد ص: (344-345)، مختصر الخرقي، ص: (98-99).

عيباً بالمبيع أو استحقاق الخيار، وكذلك إذا ضرب له الأجل وخلى بينه وبينها فادعى أنه وطئ فأنكرت، فالقول قوله مع يمينه إن كانت ثيباً خلافاً للأوزاعي[1]؛ لأنها مدعية عليه استحقاق الفراق وهو منكر[2]، ولأن ذلك موكل إلى أمانته، ولأنه لا يقدر على الإشهاد على وطئه إياها كما كان القول قولها في تداعيهما المسيس، فإن حلف فهي امرأته على حالها، وإن نكل أحلفت فإن حلفت فرق بينهما إن شاءت لاجتماع شيئين مؤثرين في الحكم، وإن نكلت سقط حقها من الخيار، هذا حكم الثيب، فأما البكر ففيها روايتان:

إحداهما: أنها كالثيب، لأن ادعاء المعترض كالوطء في الأجل موكول إلى أمانته كالثيب.

والأخرى أنه ينظر إليها النساء فإن قلن: نرى[3] أثر إصابة فالقول قوله، وإن قلن: إنها على حالها صدقت عليه، ووجهها أنا إذا وجدنا طريقاً إلى العلم بذلك يقيناً كان أولى من الرجوع إلى أمانته، وما لا يعلم صدقه فيه هو مما للنساء فيه مدخل، هذا كله إذا اعترض عنها ولم يطأها قبل الاعتراض، فأما لو وطئها قبل الاعتراض، دفعة واحدة ثم اعترض عنها[4] فلا خيار لها.

فصل [5. انتهاء الأجل المضروب للعنين]

إذا حل الأجل وتقارَّى على عدم الوطء واختارت الفسخ، فإنه يؤمر بالطلاق، وله أن يوقع ما شاء، فإن امتنع الحاكم يفسخ نكاحه بطلاق[5] خلافاً للشافعي[6]؛ لأنه فسخ مجتهد فيه ليس بغالب كالفرقة

---

(1) **الأوزاعي**: أبو عمرو، عبد الرحمن بن عمرو بن محمد الأوزاعي، إمام الديار الشامية في الفقه والزهد، ولقد كان أفضل أهل زمانه، مات سنة(157)هـ تذكرة الحفاظ: (179/1).

(2) في (م): متكرر.

(3) في (ق): قد.

(4) عنها: سقطت من (م) و (ر).

(5) انظر المدونة: (164/2)، التفريع: (47/2-48)، الكافي ص: (258).

(6) انظر الأم: (40/5-41).

بإعسار[1] الصداق والنفقة وتكون طلقة واحدة؛ لأن الغرض يتم بها فلا فائدة في الزيادة عليها، وتكون بائنة لأنه مطلق قبل الدخول، ولا رجعة له لاعترافه بأنها لا تجب له، وعليها العدة إذا خلى بها لأنها حق الله تعالى، فلا يقبل اتفاقهما على إسقاطها.

فصل [6. تكميل الصداق على العنين]

وفي تكميل الصداق روايتان[2]: إحداهما أنه يكمل، والأخرى إن طال مقامه معها وتلذذه بها واستمتاعه بها استمتاع[3] مثله بما يمكنه كمل عليه، وإن كان بحدثان دخولها، ولم يطل أمرها معه لزمه نصفه، فوجه الإطلاق أنها فعلت ما يلزمها من التمكين فعجزه عن استيفاء حقه لا يسقط ما وجب لها، ووجه التفصيل أنه دخل على أن يستمتع بلا وطء فلا يجوز أن يكمل عليه الصداق من غير استيفائه، كما لو حبس بمرض أو سجن، فإذا كانت إقامته وتلذذه منها، فقد استمتع بغاية ممكنة فأشبه السليم إذا وطئ.

فصل [7. إذا طلق عليه بالعنة]

إذا طلق عليه بالعنة، ثم تزوجته بعد ذلك عالمة بعنته، فلها أن ترفعه وتضرب له الأجل ثانية، ولا يقطع خيارها علمها بذلك بخلاف الخصي والمجبوب، لأن الاعتراض مرض من الأمراض يرجى زواله، فإذا تزوجته أمكن أن يكون قد زال مرضه عنه، فلم يوجب ذلك رضاها به لا محالة، والجب والخصاء أمر ثابت غير زائل فلا يقدم عليه إلا مع الرضا به.

---

(1) في (م): باعتبار.
(2) انظر المدونة: (168/2-169)، التفريع: (48/2)، الكافي ص: (258).
(3) بها استمتاع: سقطت من (ق) ومن (ر).

باب: في متعة الطلاق

ومتعة الطلاق[1] مستحبة غير مستحقة ولا يجبر عليها من أباها[2] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[3]؛ لأن الطلاق تأثيره الإسقاط دون الإيجاب؛ بدليل سقوط نصف المهر المسمى قبل الدخول؛ ولأنه نوع من البينونة كالموت، ولأن الحقوق التي يتعلق وجوبها بالنكاح للمرأة لا بد أن تكون معتبرة بها وبالزوج كالمهر والنفقة، فأما بالرجل وحده فليس فيها.

فصل [1. لمن تكون متعة الطلاق]

وهي لكل مطلقة كانت مدخولاً بها أو غير مدخول بها، إلا المطلقة المفروض لها قبل الدخول والملاعنة والمختلعة، وإنما قلنا: إنها لكل مطلقة لقوله تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ﴾[4] فعم، وقوله ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾[5] ولم يخص؛ ولأنه ضرب من التسريح بالجميل والإحسان.

فأما المطلقة التي قد فرض لها ولم يدخل بها، فإنه لما سقط نصف المهر المسمى لها بالطلاق وهو آكد من المتعة، امتنع أن يجب لها شيء مستأنف.

---

(1) متعة الطلاق: هو ما يؤمر الزوج بإعطائه الزوجة لطلاقه إياها (حدود ابن عرفة - مع شرح الرصاع ص: 183).

(2) انظر: الموطأ: (573/3)، التفريع: (2/ 52)، الكافي: ص: (254).

(3) انظر مختصر الطحاوي (ص: 194)، المهذب: (164/2).

(4) سورة البقرة، الآية: 236.

(5) سورة البقرة، الآية: 241.

وأما الملاعنة[1] فإنما لم يكن لها متعة؛ لأن تسريحها على غير الجميل بل على نهاية القبيح، ولأنها غير مطلقة، والمختلعة قد دفعت شيئاً من عندها، أو أسقطت واجباً كان لها، فامتنع أن يلزم لها شيء مستأنف.

(1) في (م): فإنها.

باب: النفقة على الأزواج في النكاح

والنفقة واجبة للزوجة بالعقد والتمكين من الاستمتاع[1]، والأصل في وجوبهما قوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[2]، وقوله: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[3]، وقوله ﷺ: "تقول امرأتك انفق عليّ أو طلقني"[4]، ولأنّ الزوجية عقد على منافع والنفقة في مقابلة استدامة تلك المنافع.

فصل [1. متى تجب النفقة]

ولا تجب النفقة إلا بالدخول أو بأن يدعى إليه، وأن يكون الزوج بالغاً، وهي ممن يستمتع بمثلها ويمكن وطؤها وإن لم تبلغ، ولا نفقة لناشز، وإنما شرطنا في وجوبها أن يدخل أو أن يدعى للبناء[5]، لأنها في مقابلة التمكين من الاستماع، بدليل أن الناشز لا نفقة لها، فإذا حصل الدخول فقد حصل ما هي عوض عليه، وكذلك التمكين منه لأنه إذا حصل[6] كان الامتناع من جهته فلا يلزم المرأة شيء منه، وإنما شرطنا أن يكون الزوج بالغاً خلافاً لأبي حنيفة، ولأحد قولي الشافعي[7]، لأن الصغير لا يتأتي منه الاستمتاع الذي يعاوض عليه لصغره، وهي في مقابلته، وإنما شرطنا أن تكون ممن يوطأ مثلها

---

(1) انظر المدونة: (2/192-193)، التفريع: (2/53-54)، الرسالة (ص 200-209)، الكافي: ص (254-256).
(2) سورة البقرة، الآية: 228.
(3) سورة البقرة، الآية: (232).
(4) أخرجه البيهقي: (7/471)، وأحمد: (2/476)، والدار قطني: (2/309)، وقال الألباني: صحيح موقوفاً (إرواء الغليل: 7/240).
(5) للبناء: سقطت من (م).
(6) في (م): جعل.
(7) انظر: مختصر القدوري مع شرح الميداني: (3/91)، مختصر المزني (ص: 231).

خلافاً للشافعي في إسقاطه اعتبار ذلك في أحد قوليه؛ لأن الاستمتاع غير متأت منها فلم تستحق العوض عليه لقصورها عن بلوغه، وإنما قلنا: إنها إذا كانت تطيق الوطء لزمته النفقة عليها، وإن لم تكن بالغاً؛ لأن المعنى الذي يعاوض به في النفقة موجود كالبالغ، وإنما قلنا: لا نفقة لناشز خلافاً لما يحكى من ابن عبد الحكم إن صح، لما بيناه في مقابلة التمكين من الاستمتاع دون ملكه، فإذا عدم التمكين لم تجب كالثمن والمثمن في البياعات.

فصل [2. المعتبر بالنفقة]

الاعتبار بالنفقة بحال الزوجين معاً فيفرض لها كفايتها على ما يرى من قدرها وقدر زوجها من اليسر والعسر، وليست بمقدرة[1] خلافاً للشافعي[2] في قوله: إنها مقدرة لا اجتهاد للحاكم فيها ومعتبرة بحال الزوج وحده، فعلى الموسر مُدَّان، وعلى المتوسط مد ونصف، وعلى المعسر مد؛ لقوله تعالى: ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾[3]، وذلك يقتضي مراعاة حالهما جميعاً، وقوله ﷺ لهند لما قالت: إن أبا سفيان رجل شحيح، وإنه لا يعطيني ما يكفيني وولدي، فقال: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"[4]، فردها إلى العلم بمقدار كفايتها ولم يقدر بحد؛ ولأن النفقة في مقابلة الاستمتاع، فلما وجب أن تبذل له من الاستمتاع قدر كفايته بالمعروف، فكذلك يلزمه بدل النفقة لها[5].

---

(1) في (م): مقدرة.
(2) انظر: الأم: (3/106-109)، مختصر المزني ص: 231، الإقناع (ص: 142).
(3) سورة البقرة، الآية: (232).
(4) أخرجه البخاري في النفقات، باب: إذا لم ينفق الرجل، فللمرأة أن تأخذ بغير علمه: (6/193)، ومسلم في الأقضية، باب: قضية هند (2/1338).
(5) لها: سقطت من (م).

فصل [3. إذا كان مثلها لا يكفيها خادم واحد]

إذا كان مثلها لا يكفيها خادم واحد، وحاله تحمل لزمه أن يخدمها خدمة مثلها[1]،خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[2]، لقوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[3] ولأنه لما وجب إخدامها بالواحدة لحاجتها إليها كذلك إذا احتاجت إلى اثنتين.

فصل [4. إذا أعسر الزوج بالنفقة]

إذا أعسر بالنفقة ولم ترض المقام معه ضرب له أجل، وتُلُوِّمَ في أمره فقيل: شهر، وقيل: الأيام اليسيرة الثلاثة ونحوها، فإن أنفق وإلا طلقت[4] عليه، إلا أن تكون تزوجته فقيراً تعلم أن لا مال له فلا يكن لها مفارقته بعسر[5]، وإنما قلنا: إنه يفارق بإعسار النفقة خلافاً لأبي حنيفة [6]، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيۡهِنَّ﴾[7]، وفي إمساكه إياها بغير إنفاق إضرار بها وتضييق عليها، لقوله تعالى: ﴿فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖ﴾[8] وقوله ﷺ: "تقول امرأتك انفق عليّ أو طلقني"[9]، ولأن النفقة في مقابلة الاستمتاع، فلما كانت إذا نشزت لا نفقة لها لمنعها الاستمتاع، كذلك إذا لم تجب النفقة من جهته، فلها مفارقته؛ ولأنها لما كانت مفارقته في الإيلاء والعنة وضررهما أيسر من ضرر النفقة، فكان في عدم النفقة أولى.

---

(1) انظر: التفريع: (55/2)، الرسالة (ص: 409).
(2) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 223)، الأم: (107/5)، مختصر المزني ص: 20-231.
(3) سورة النساء، الآية: 19.
(4) في (م): طلق.
(5) انظر: المدونة: (193/2-194)، التفريع: (55/2-56)، الكافي: (ص: 255-256).
(6) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 223)، مختصر القدوري - مع شرح الميداني: (96/3).
(7) سورة الطلاق، الآية: 6.
(8) سورة البقرة، الآية: 229.
(9) سبق تخريج الحديث.

فصل [5. دليل ضرب الأجل للمعسر عن النفقة]

وإنما قلنا: يضرب له أجل ليتبين أمره ويصح إعساره؛ لأنه لا يجوز أن يطلق عليه بإعسار المدة القريبة كاليوم واليومين؛ لأن ذلك لا يضر الإضرار الشديد، ولا يكاد يخلوا أحد منه، وإنما الذي يؤثر ما يستدام من ذلك[1]، واختلاف قوله في مدة الأجل يرجع إلى ما يختبر أمره فيه على ما يشاهد من حاله.

فصل [6. عدم مفارقة من تزوجت فقيراً عالمة به]

وإنما قلنا: إنها تزوجته فقيرا تعلم بحاله، فلا مفارقة لها؛ لأنها راضية بعيبه، فقد أقدمت على بصيرة ومعرفة بحاله، كمشترى السلعة عالماً بعيبها.

فصل [7. طلاق المعسر بالنفقة]

وطلاق المعسر بالنفقة إن كان بعد الدخول رجعي، فإن أيسر فله الرجعة؛ لأن الفرقة إنما كانت من أجل[2] الضرر، فإذا زال كانت الرجعة كما لو زال قبل الفرقة لم يكن لها المطالبة بالفرقة ورجعت معتبرة باليسر، فإن وجد منه صحت، وإن راجع معسراً لم تصح، فإن كان قبل الدخول مثل أن يدعى إلى البناء فلا يبنى ولا يجد ما ينفق فالطلاق بائن[3].

فصل [8. الإعسار بالصداق]

الإعسار بالصداق أن يوجب لها الفرقة إذا طلبت بذلك بعد ضرب الأجل على حسب ما يرجى له من زوال الإعسار[4] خلافاً لأبي حنيفة [5]؛ لأن لها أن تمنع نفسها حتى تقبض الصداق، كما أن للبائع أن يمنع إقباض

---

(1) في (م): استدامة ذلك.
(2) في (م): لأجل.
(3) انظر المدونة: (2/192-194)، التفريع: (2/55)، الكافي ص: 256.
(4) انظر المدونة: (2/192-194)، التفريع: (2/55)، الكافي ص: 256.
(5) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 223)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (3/96).

السلعة حتى يقبض الثمن، ففي منع المفارقة إضرار بها؛ لأنها إما تلزم إضراره أو تسليم البضع إليه والرضا بذمته، وكل ذلك غير واجب، واعتباراً بإعسار النفقة، ولأن تعذر الاستمتاع من جهته إذا أدى إلى الضرر وجب لها الخيار كالعنة والإيلاء.

باب: نكاح المريض المخوف عليه

المريض المخوف عليه لا يجوز له أن يتزوج[1] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[2]؛ لأنه محجور عليه في ماله أن يخرجه على غير عوض فيما لا حاجة به إليه لحق الورثة، والنكاح يتضمن هذا المعنى؛ لأنه يوجب المهر والنفقة ولا حاجة به على الوطء فيجب منعه منه، ويدل على ثبوت الحجر أنه ممنوع من الهبة والصدقة، وما يفعله من ذلك يوقف على الثلث؛ ولأن طلاقه غير مانع من الميراث، لأن فيه إخراج الوارث عن الميراث؛ وفي تزويجه هذا المعنى.

فصل [1. في فسخ نكاح المريض المخوف عليه]

إذا ثبت أنه غير جائز فإنه[3] يفسخ إذا وقع؛ لأن كل نكاح غير جائز فيجب فسخه، والظاهر من قوله: إنه يفسخ بطلاق، لأنه مفتقر إلى اجتهاد ولقوله الخلاف فيه[4]، وسواء دخل أو لم يدخل لأن الدخول لا يصحح العقد الفاسد، فإن لم يدخل فسخ ولا شيء لها، وإن دخل فلها الصداق من ثلثه لفساد العقد، وإن لم يكن سمى لها، فلها صداق المثل لأنه قيمة البضع، وإن كان هناك مسمى نظر، فإن كان مثل صداق المثل أو أقل كان جميعه لها، وإن زاد عليه ففيه روايتان مبنيتان على وجوب التوارث إن مات قبل الفسخ: إحداهما: أنه ليس لها إلا بقدر صداق المثل؟ لأنا إن زدناها على ذلك لم تخل أن تكون وارثة أو غير وارثة، فإن كانت ترثه كان ذلك

(1) انظر: المدونة: (186/2)، التفريع: (56/2)، الرسالة (ص: 201)، الكافي (ص: 248).
(2) انظر: بدائع الصنائع: (1520/2)، المهذب: (33/2-67).
(3) في (م): فيجب.
(4) لما جاء في المدونة قوله: قد اختلف فيه: (186/6).

وصية لوارث، وإن كانت لا ترثه كان ذلك إخراج مال على غير عوض، والأخرى أن لها الجميع؛ لأنها ليست بوارثة، فأكثر ما في هذا الباب أن يكون وصية لغير وارث.

فصل [2. في ثبوت المريض المخوف عليه على النكاح]

وفي ثبوته على النكاح إن صح روايتان مبنيتان على أصل هو: فساده هل هو في عقده أم لمعنى غير عقده؟ فإذا كان فساده في عقده لم يصح الثبوت عليه، وإذا قلنا: إن فساده لحق الورثة صح بعد زوال المرض لزوال حقوقهم منه كنكاح العبد بغير إذن سيده وهذا اعتلال عبد الملك.

فصل [3. نكاح الأمة والكافرة]

واختلف في نكاحه الأمة والكافرة[1]، فقال أبو مصعب[2]: يجوز لأن الذي لأجله منعنا نكاح الحرة المسلمة أن فيه إدخال وارث على ورثته، وذلك معدوم هاهنا، وقال عبد الملك: لا يجوز لأن الأمة قد تعتق والكافرة قد تسلم قبل الموت فيصيران من أهل الميراث.

فصل [4. في طلاق المريض المخوف عليه]

وطلاقه لا يمنع الميراث[3] خلافا للشافعي[4]؛ لأنه مروي عن عمر وعثمان وعليّ وأبي ابن كعب وابن الزبير[5] ولا مخالف لهم؛ ولأنه محجور عليه على ما ذكرناه لحقوق الورثة، وذلك يمنع أن يملك إزالتهم عما أوجب الحجر لهم.

---

(1) انظر: المدونة: (186/2)، التفريع: (56/2)، الكافي (ص: 248).
(2) أبو مصعب: أبو بكر القاسم بن الحرث بن زرارة بن مصعب بن عبد الرحمن بن عوف الزهري، روى عن مالك والزهري، وعنه البخاري ومسلم (ت242هـ) (تذكرة الحفاظ: 428/1، ترتيب المدارك: (347/2).
(3) انظر: المدونة: (132/2-133)، التفريع: (80/2-81)، الرسالة (ص: 201).
(4) انظر: الأم: (254/5)، مختصر المزني (ص:194-195).
(5) أخرج هذه الآثار: الموطأ: (571/2)، والبيهقي: (362/7-363) وابن أبي شيبة: (253/7)، عبد الرزاق: (340/6)

فصل [5. ثبوت الميراث لمن طلقت في مرض الموت سواء مات في العدة أو بعدها]

وسواء مات في العدة أو بعد انقضائها خلافاً لأبي حنيفة[1]؛ لأن الميراث إنما يثبت لها لأن الطلاق صادق سببه وهو ثبوت الحجر عليه من أجلها، فلا فرق بين بقاء العدة وزوالها لوجوب الميراث لها بحصول السبب[2] الذي هو الحجر.

فصل [6. في كون الطلاق قبل الدخول أو بعده]

وسواء كان الطلاق قبل الدخول أو بعده خلافاً لأبي حنيفة[3]؛ لأنها مطلقة في المرض ثبت لها حق الحجر عليه، فإذا مات فيه ورثته مع سلامة الحال أصله المدخول بها.

فصل [7. ميراث المطلقة في المرض المخوف بعد أن تتزوج]

وترثه إن تزوجت خلافاً للشافعي في بعض أقاويله[4]، لأن الميراث إنما وجب لها بإخراجه إياها منه بعد ثبوت حق الحجر لها عليه، وهذا موجود مع[5] تزويجها، فلم يكن لاعتبار التزويج معنى كما لم يكن لاعتبار العدة معنى.

فصل [8. إذا صح من مرضه ثم مات]

وإذا صح من مرضه ثم مات فلا ترثه على أي وجه كان خلافا لزفر، لأنه إذا صح فقد زال الحجر عنه فصار كمن طلق في الصحة.

---

(1) انظر: مختصر الطحاوى (ص: 203)، مختصر القدورى مع شرح الميداني: (52/3).
(2) في (م): سببه.
(3) انظر: مختصر الطحاوى ص: 203، مختصر القدورى - مع شرح الميداني: (52/3).
(4) انظر: الأم: (254/5)، مختصر المزني (ص: 195).
(5) في (م): بعد.

فصل [9. إذا سألته الطلاق وهو مريض]

ولو سألته الطلاق وهو مريض فطلقها أو خالعها ورثته[1]، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[2]، لأن عثمان -رضي الله عنه- حكم بذلك في تماضر بنت الأصبع[3] زوجة عبد الرحمن بن عوف، وكانت عنده على طلقة فسألته في شكوته الذي مات فيه[4] أن يطلقها تطليقة هي آخر طلاقها فورَّثها عثمان منه[5]، ولم ينكر ذلك عليه أحد؛ ولأنها مطلقة في المرض كالتي لم تأذن؛ ولأن الإنسان قد يضيق على زوجته حتى تسأله الخلع فحسم الباب بتوريثها؛ ولأن الإذن في إخراجها من الميراث بعد ثبوته سببه لا يؤثر كما لو قالت: لست أرثك.

فصل [10. إن ماتت المطلقة في المرض المخوف عليه]

وإن ماتت هي لم يرثها[6]، لأنها لم تخرجه هي عن الميراث، وليست محجوراً عليها لأجله فافترق بحكم موته وموتها.

فصل [11. عدة المطلقة التي مات في المرض المخوف]

وعدتها عدة الطلاق؛ لأنها قد بانت بالطلاق دون الموت، وإنما قطع المرض من أحكام المبتوتة انتفاء الإرث فقط.

فصل [12. نكاح المولى عليه]

ولا يجوز نكاح المولى عليه إلا بإذن وليه[7]، وهو السفيه المبذر لماله؛ لأنه الناظر له والقائم بأمر مصالحه وهو غير عارف بحظوظه، فقد يفعل ما يكون

---

(1) انظر: الموطأ: (2/571-572)، التفريع: (2/ 80-81)، الكافي: ص: (270-271).
(2) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 303)، مختصر المزني (ص 195).
(3) تماضر: بنت الإصبع، بن عمرو بن ثعلبة الكلبية (الإصابة: 4/255)
(4) أي: في مرضه الذي مات فيه
(5) أخرجه مالك في الموطأ: (2/572)، البيهقي: (7/363).
(6) انظر: المدونة: (2/132)، التفريع: (2/80)، الكافي (ص: 271).
(7) انظر: المدونة: (2/145-148)، التفريع: (2/56)، الكافي (ص: 9247).

عليه فيه ضرر في ماله وإضاعته فيزول معنى الحجر عليه، فإذا رأى له السداد جاز إذنه له، وإن تزوج بغير إذن فإن رآه حظاً أمضاه، وإن رآه عليه ضرراً فسخه، وكان فسخه طلاقاً، وإن تزوجها من بعد بقيت عنده على طلقتين، وإن فسخ قبل الدخول فلا شيء لها، وبعده ينزع منها المهر ويترك لها ربع دينار، ولا تتبعه بعد فك حجره بخلاف العبد؛ لأن هذا محجور عليه لحق نفسه والعبد لحق سيده.

باب: المحرمات من النساء

كل امرأة يجوز في الجملة[1] العقد عليها إلا من كان فيها معنى يوجب تحريمها، والتحريم على ضربين: تحريم متأبد وتحريم غير متأبد[2]: فالتحريم الذي ليس بمتأبد يرجع إلى أمرين: أحدهما إلى صفة في المرأة يزول التحريم بزوالها؛ والأخرى إلى صفة في العقد، فأما الراجع إلى صفة في المرأة فمثل نكاح المعتدة والمستبرأة، ومن عقد عليها للغير، والمحرمة والأمة للحر الذي يجد[3] الطول ولا يخشى العنت[4] دون العبد، والأمة الكتابية للمسلم حراً كان أو عبداً، والمرتدة والكافرة غير الكتابية من المجوس والوثنيات، ونكاح الرجل أمة نفسه أو ابنه أو عبده، وما في معناه تزويج المرأة بعبدها أو عبد ابنها، وأما تزويج الرجل أمة أبيه فجائز، وكذلك وطء حرائر الكتابيات بالعقد وإمائهن بالملك، فكل هذا إذا زالت صفة منعه جاز العقد ونحن نبينه.

فصل [1. العقد على المعتدة]

أما المعتدة فلا يجوز العقد عليها إجماعاً: والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَلَا تَعۡزِمُواْ عُقۡدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبۡلُغَ ٱلۡكِتَٰبُ أَجَلَهُۥ﴾[5]، وسواء كان عدتها من طلاق أو وفاة.

---

(1) في الجملة: سقطت من (ق).

(2) في جملة أحكام المحرمات من النكاح، انظر: المدونة: (2/197-205)، التفريع: (2/44)، الرسالة، (ص: 198-199)، الكافي: ص: (239-241).

(3) في (م): الواجد.

(4) **العنت**: يعني الزنا، وأصله من كلمة عنوة إذا كانت صعبة المسلك، (غرر المقالة: ص: 200).

(5) سورة البقرة، الآية:235.

فصل [2. التعريض بخطبة المعتدة]

ولا يجوز أن يخطب في عدتها بالتصريح ولا بأس بالتعريض لها[1]، وهو القول الذي يفهم منه إرادة نكاحها من فحواه[2]، أو لحنه[3]، أو ما ينضم إليه من دليل الخطبة[4]، وشاهدها نحو قوله: إني في عشيرتك[5] لراغب، وعليك لحريص ومقارب هذا من القول، والأصل في هذه الجملة قوله تعالى: ﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِۦ مِنْ خِطْبَةِ ٱلنِّسَآءِ ﴾ إلى قوله: ﴿ وَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّآ أَن تَقُولُوا۟ قَوْلًا مَّعْرُوفًا ﴾[6]، قيل في التفسير هو أن يقول: إني لك محب، وإني على القرب منك لحريص، وإذا حللت فادنيني، وإن النساء لمن شأني هذا[7] وما أشبهه، فثبت بالظاهر منع التصريح وإباحة التعريض.

فصل [3. إذا خطب المعتدة صريحاً وتزوجها بعد العدة]

فإن خطبها صريحاً في العدة ثم تزوجها بعد العدة، ففيها روايتان[8]: إحداهما استحباب الفراق، والأخرى إيجابه، فوجه الإيجاب قوله تعالى: ﴿ وَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا ﴾[9]، والنهي يتقضي الفساد؛ ولأن السبب إذا منع الخطبة في بعض الأحوال جاز أن يؤثر في إيجاب الفراق كالخطبة على خطبة أخيه[10].

---

(1) انظر: التفريع: (2/59-60)، الرسالة (ص: 203).

(2) **فحواه** وهو أن يكون المسكوت عنه موافقاً في الحكم للمذكور، ويكون أولى بالحكم من المنطوق (مختصر ابن الحاجب: (2/172)، وإرشاد الفحول: (ص: 178).

(3) **لحنه**: وهو أن يكون المسكوت عنه موافقاً في الحكم للمذكور ويكون مساوياً له (مختصر ابن الحاجب: (2/172)، وإرشاد الفحول: ص: 178).

(4) في (ق): الحال.

(5) في (م): عشيرتك.

(6) سورة البقرة، الآية:235.

(7) تفسير الطبري: (2/526-527)

(8) انظر: الموطأ: (2/524)، التفريع: (2/9 - 60)، الرسالة: (ص: 203)، الكافي: (ص: 236).

(9) سورة البقرة، الآية: (235).

(10) في (ق): الغير.

ووجه نفي الإيجاب أن الخطبة ليست بعقد، وإنما هي استدعاء والتماس فمنعها لا يوجب الفراق إذا وقع العقد على شروط سواها ولم يتعلق به إفساد على الغير كخطبة المحرمة ومواعدة المريضة، ووجه الإيجاب أن سبب العقد لما جرى مجراه في النهي عن إيقاعه في العدة جاز أن يؤثر في رفع العدة، كما لو وقع العقد في العدة؛ ولأن ذلك كالردع لهما لئلا يعودا لمثله.

فصل [4. من تزوج امرأة في عدتها]

ومن تزوج امرأة في عدتها ودخل بها في العدة فسخ نكاحه وتأبد عليه تحريمها[1]، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[2]، لقول عمر -رضي الله عنه- "أيما امرأة نكحت في عدتها ثم دخل بها، فرّق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الأول، ثم اعتدت من الآخر، ثم لم ينكحها أبدا"[3]، وروي عن عليّ -رضي الله عنه- مثله[4]، ولا مخالف لهما؛ ولأنه يتهم أن يكون استعجل الشيء قبل وقته فعوقب بأن حرمت عليه كقاتل العمد، وهذا أصل يدعى على وجه الجملة دون التعلي؛ ولأنه دخل شبهة في النسب فتأبد التحريم عليه كالملاعن.

فصل [5. إذا تزوجها في العدة ودخل بها بعد العدة]

وإن تزوجها في العدة ودخل بها بعد العدة ففيها روايتان[5]: إحداهما تأبيد التحريم، والأخرى نفي التأبيد، فوجه إثباته[6] قول عمر -رضي الله عنه-: فإن دخل بها فلا ينكحها أبداً[7] ولم يفرق؛ ولأنه واطئ عن نكاح في عدة كالواطئ في العدة نفسها، ووجه نفيه أنه لم يطأ في العدة كالذي لم يطأ أصلاً؛ ولأنه لم يدخل شبهة في النسب وهذه علة التأبيد.

---

(1) انظر: التفريع: (2/59 - 60)، الرسالة: (ص: 203)، الكافي: (ص: 236).
(2) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 178)، الأم: (5/37).
(3) أخرجه مالك في الموطأ: (2/536).
(4) مصنف عبد الرزاق: (6/208).
(5) انظر: المدونة: (2/282)، التفريع: (2/59 - 60)، الكافي: (ص: 236).
(6) في (م): التأبيد.
(7) الموطأ: (24/536).

فصل [6. إذا لم يطأها في العدة ولا بعدها]

وإن لم يطأها[1] أصلاً في العدة ولا بعدها فسخ نكاحه، وفي تأبيد التحريم روايتان[2]: فوجه نفيه -وهو الظاهر- أنه لم يوجد فيه معنى تأبيد التحريم وهو إدخال الشبهة في النسب؛ ولأن مجرد العقد الفاسد لا يتعلق به تحريم مؤبد ما لم يقارنه وطء أصله إذا كانت تحته امرأة فتزوج بنتها ولم يطأها، ووجه الثانية[3] اعتباراً بالواطئ؛ ولأن منع ذلك حسم الباب.

فصل [7. نكاح المستبرأة]

وأما المستبرأة فإنها على ضربين: مستبرأة من وطء يلحق النسب فيه كالواطئ في نكاح فاسد أو شبهة نكاح أو ملك، فهذه لا يجوز العقد عليها إجماعاً[4]، والمستبرأة من وطء لا يلحق النسب فيه كالزنا، فهذا لا يجوز العقد عليها عندنا[5] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[6]، ويتضح الكلام في هذه المسألة في الحامل من زنا، فدليلنا قوله عزَّ وجلَّ: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[7] فعم، ولأنه حمل لا يلحق بالعاقد، فكان مانعاً من العقد والوطء أصله إذا كان لاحقاً بالواطئ.

فصل [8. في تزويج الزانية]

ويجوز تزويج الزانية إذا استبرأت من الزاني بها ومن غيره[8]، خلافاً لمن منع[9] ذلك لقوله تعالى: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾[10] فعم؛ ولأنها

---

(1) في (م) و (ر): فإن لم يطأ.
(2) انظر: التفريع: (2/59-60)، الكافى: (ص: 236).
(3) الثانية: سقطت من (م).
(4) انظر: المحلى: (11/727).
(5)انظر: التفريع: (2/60)، الكافى: (ص: 236-238).
(6) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 178)، الإقناع: (ص: 134).
(7) سورة الطلاق، الآية:4.
(8) انظر: التفريع: (2/60)، الكافى: (ص: 244).
(9) وروى ابن مسعود والبراء بن عازب وعائشة: أنها لا تحل للزاني بحال (المغني: 6/203)
(10) سورة النساء، الآية:3.

خالية من الأسباب المانعة من نكاحها، فجاز العقد عليها كغير الزانية؛ ولأن الزنا ليس فيه أكثر من كونه كبيرة يعاقب عليها، وذلك لا يمنع إنكاحها كالسرقة وشرب الخمر والقتل، وإذا ثبت جوازه فابتداؤه مكروه، لقوله تعالى: ﴿وَٱلزَّانِيَةُ لَا يَنكِحُهَآ إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ﴾[1]، ولا بد أن يكون لها تأثير في المنع، وقوله: ﴿مُحْصَنَٰتٍ غَيْرَ مُسَٰفِحَٰتٍ﴾[2]، وقوله ﷺ: "عليك بذات الدين تربت يداك[3]" ولأن ذلك لا يؤمن معه فساد النسب، وقد قال ﷺ: "تخيروا لنطفكم"[4].

فصل [9. عدم انفساخ نكاح الزوجة]

ومن زنت امرأته لم ينفسخ[5] نكاحها[6] خلافاً لمن ذهب إلى ذلك[7]، لما روي: أن رجلاً قال: يا رسول الله، إن امرأتي لا ترد يد لامس، قال: "طلقها"، قال: إني أحبها، قال: "أمسكها[8]"، ولأن الزوج لو أقر بأنها زنت لم ينفسخ نكاحها منه، فكذلك إذا ثبت بغير إقراره اعتباراً بسائر الأصول طرداً وعكساً، وهو أن كل معنى لو أقر به الزوج لانفسخ نكاحه، فكذلك إذا ثبت بغير إقراره كالردة وكونها أخته من الرضاعة، وكل معنى لو أقر به لم ينفسخ نكاحه، فكذلك إذا ثبت بغير إقراره كإصابتها القتل والسرقة.

---

(1) سورة النور، الآية: 3.
(2) سورة النساء، الآية: 25.
(3) سبق تخريج الحديث.
(4) أخرجه ابن ماجه في النكاح، باب: الأكفاء: (633/1)، وفي إسناده الحارث بن عمران المديني، حديثه هذا لا أصل له، وقال الزيلعي: روى عن حديث عائشة وأنس وعمرو بن الخطاب من طرق عديدة كلها ضعيفة (نصب الراية: 197/3).
(5) في (ق): يفسخ.
(6) وهو قول عامة أهل العلم، (انظر: المغني: 203/6).
(7) وقال جابر بن عبد الله: أن المرأة إذا زنت يفرق بينهما، وكذلك روى عن الحسن، وعن عليّ رضي الله عنه (المغنى: 203/6).
(8) أخرجه أبو داود في النكاح، باب: النهي عن تزويج من لم يلد من النساء: (541/2)، والنسائي في النكاح، باب: تزويج الزانية: (55/6)، وأطلق النووي عليه الصحة، ولكن نقل ابن الجوزي عن أحمد أنه قال: لا يثبت عن النبي ﷺ في هذا الباب شيء (تلخيص الحبير: 225/2).

فصل [10. منع نكاح المحرم وذات الزوج]

وقد ذكرنا في الحج منع نكاح المحرمة، فأما الزوج فلا يجوز العقد عليها ما لم تبن منه لقوله تعالى عقب ذكر المحرمات: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ﴾[1]؛ ولأن ملك استباحة البضع لا يقع فيه اشتراك، ولا خلاف في ذلك.

فصل [11. نكاح الحر للأمة]

فأما نكاح الأمة للحر فلا يجوز إلا بشرطين: عدم الطول لنكاح الحرة وهو مهرها، والآخر: خشية العنت[2] فمتى عدمهما أو أحدهما لم يجز خلافاً لأبي حنيفة في إسقاطه خشية العنت[3] لقوله عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا﴾ إلى قوله: ﴿ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِيَ ٱلْعَنَتَ مِنكُمْ﴾[4]، (فعلقه بشرطين، فدل على منعه مع عدمهما، وعند المخالف أن خشية العنت)[5]، لا اعتبار بها؛ ولأنه حر مستغن عن استرقاق ولده فأشبه من تحته حرة.

فصل [12. جواز نكاح الأمة للعبد مطلقاً]

ويجوز ذلك للعبد على الإطلاق لنقصه بالرق فلا عار عليه في استرقاق ولده؛ لأن ذلك ليس بأكثر من رق نفسه، والحر ممنوع منه لحرمته فليس له استرقاق ولده مع الاستغناء عنه.

فصل [13. الحر يجمع أربع مملوكات]

وللحر أن يجمع[6] بين أربع مملوكات إذا خشي العنت[7] خلافاً للشافعي[8]؛ لقوله عَزَّ وجَلَّ: ﴿فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم مِّن فَتَيَٰتِكُمُ

---

(1) سورة النساء، الآية: 23.
(2) انظر: المدونة: (163/2)، التفريع: (45/2)، الرسالة: (ص: 200)، الكافي: (ص: 244-254) .
(3) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 178)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (23/3).
(4) سورة النساء، الآية: 25.
(5) ما بين قوسين سقط من (م).
(6) في (م): الجمع.
(7) انظر: المدونة: (163/2)، التفريع: (45/2)، الرسالة: (ص: 200).
(8) انظر: الأم: (10/5-11).

﴿ٱلْمُؤْمِنَٰتِ﴾[1] فعم؛ ولأنهن جنس أبيح نكاحهن فجاز الجمع بين أربع منهن كالحرائر؛ ولأن الشرط إذا وجد استوى فيه الواحدة[2] والجماعة.

فصل [14. فيمن تزوج أمة ثم زال عنه شرط الإباحة]

ومن تزوج أمة على الشرط جائز؛ ثم زال شرط الإباحة وهي عنده لم ينفسخ نكاحها خلافاً لبعضهم[3]؛ لأن شرط المنع إذا لم يوجد تأبيد التحريم كان طرؤه على العقد الذي عقد معه غير مانع من استدامته، وإن منع ابتداؤه كالإحرام.

فصل [15. نكاح الأمة على الحرة]

إذا كانت عنده حرة فتزوج عليها أمة، ففيها روايتان[4]: إحداهما أن نكاح الأمة باطل، والأخرى أنه صحيح وللحرة الخيار، فوجه القول بأنه باطل أن تكون الحرة من الطول؛ لأن الطول إذا كان القدرة على صداق الحرة كان وجود الزوجية أولى بأن يكون طولاً، ووجه قوله إنه يصح هو أن الطول القدرة على صداق الحرّة؛ لأنه السعة في المال أو على حرّة تكون بدلاً من الأمة لا حرة متقدمة.

فصل [16. إذا قلنا إن النكاح جائز فللحرة الخيار]

إذا ثبت ما ذكرناه: أن نكاح الأمة باطل فلا تفريع: وإن قلنا: إنه جائز فللحرة الخيار للنقص الداخل عليها بأن تكون ضرتها أمة، وفي أي شيء يكون لها الخيار، قال مالك: في أن تقيم معه أو تفارقه، وقال عبد الملك: في أن تقر نكاح الأمة أو تفسخه، فلمالك أن لها إزالة الضرر عن نفسها بما لا يضر بغيرها، فإما أقامت أو فارقت، ولا سبيل لها على نكاح الأمة؛ لأن

---

(1) سورة النساء، الآية: 25.
(2) في (م): الواحد.
(3) وهو قول المزني: أنه يفسد النكاح (انظر مختصر المزني ص: 170، المغني: 6/599)
(4) انظر: المدونة: (2/164)، التفريع: (2/ 45)، الكافي: (ص: 245).

في ذلك إضرار بغيرها، ولعبد الملك أن الضرر الذي لحقها هو لكون الأمة ضرة لها أو داخلة عليها فلها أن تزيله، ومتى قلنا: إن لها الخيار في فسخ نكاح نفسها لم يكن ذلك خياراً في إزالة الضرر، بل في زيادة منه.

فصل [17. نكاح الحرة على الأمة]

إذا تزوج أمة على الوجه المجوز له، فله أن يتزوج عليها حرة بلا خلاف[1]، وإن علمت الحرة فلا خيار لها، وإن لم تعلم ففيها روايتان: إحداهما أن لها الخيار بين أن تقيم أو تفارق، والأخرى أنه لا خيار لها. فوجه قوله: لها الخيار فلرفع الضرر عنها بكون الأمة ضرة لها[2]، ووجه قوله: لا خيار لها فلأنها فرطت في استعلام ذلك[3]، وكذلك لو كانت تحته أمتان فعلمت بواحدة ولم تعلم بالأخرى فإنه على روايتين: وكل هذا إذا كان الزوج حراً، فأما إن كان عبداً فلا مقال لها رواية واحدة.

فصل [18. جواز نكاح حرائر أهل الكتاب]

نكاح حرائر أهل الكتاب ووطء إمائهن بالملك جائز[4]؛ لقوله تعالى: ﴿ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ ﴾؛ (ولأن كل جنس تؤكل ذبائحهم جازت مناكحتهم كالمسلمين، فأما وطؤهن بالملك، فلقوله تعالى: ﴿ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ ﴾[5] فعم)[6]، ولأن كل جنس جاز نكاح حرائرهم جاز وطء إمائهم بالملك كالمسلمين، فإذا ثبت جوازه فإنه مكروه، ولأنه سكون إلى الكفار وركون إليهم، وقد قال الله تعالى ﴿ وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ﴾[7]، ولأنه يتولى ولده من يشرب الخمر

---

(1) انظر: المدونة: (164/2)، التفريع: (2/ 46)، الكافي: (ص: 245).
(2) في (م): ضرتها.
(3) في (م): في الاستعلام من ذلك.
(4) انظر: المدونة: (164/2)، التفريع: (45/2)، الرسالة: (ص: 200)، الكافي: (ص: 244).
(5) سورة النساء، الآية: 36.
(6) ما بين قوسين: سقط من (م).
(7) سورة الروم، الآية: 21.

ويأكل الخنزير، ولا يؤمن أن يحبب إليه ذلك وتنشؤه عليه فيألفه ويعتاده، ولأنها قد تهرب به إلى دار الحرب وهو صغير فيفسد دينه.

فصل [19. نكاح الأمة الكتابية]

وإنما قلنا: إن نكاح الأمة الكتابية غير جائز للمسلم جملة[1] خلافاً لأبي حنيفة[2]، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾[3]، فعم، وقوله: ﴿فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم مِّن فَتَيَٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ﴾[4]، فعلقه بشرط الإيمان؛ ولأن ذلك يؤدي إلى أشياء ممنوعة؛ لأن الأمة قد تكون ملكاً للكافر، فإن قلنا: لا يجوز لمسلم نكاح أمة الكافر حصل منه تفريق بين أمة الكافر وأمة المسلم وأحد لم يفرق، وإن قلنا: يجوز فالولد الحادث إما أن يكون ملكاً لسيد الأمة، فذلك يوجب ابتداء ملك النصراني للمسلم، وذلك غير جائز، وإما أن لا يكون ملكاً له فذلك خلاف الأصول، فلما أدى إلى هذا الفساد وجب منعه.

فصل [20. استواء الحر والعبد في ذلك]

وإنما استوي الحر والعبد في ذلك بخلاف الأمة المسلمة لاستوائهما في معنى المنع وهو أداؤه إلى ما بيناه من نقض.

فصل [21. منع نكاح المجوسيات]

وإنما منعنا المجوسيات وسائر المشركات سوى الكتابيات خلافا لمن حكى عنه إباحته في المجوس[5]، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾

---

(1) انظر: المدونة: (164/2)، التفريع: (45/2)، الرسالة: ص: 199، الكافي: (ص: 243).

(2) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 178)، مختصر القدوري – مع شرح الميداني: (7/3).

(3) سورة البقرة، الآية: 221.

(4) سورة النساء، الآية: 25.

(5) قال ابن عبد البر: على هذا إجماع فقهاء الأمصار وجمهور العلماء وما خالفه فشذوذ لا يعد خلافاً ولم يبلغنا إباحة ذلك إلا عن طاووس (المغني: 595/6).

[1]، وقوله: ﴿فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ [2]، فدل على منع غيرهن؛ ولأن كل جنس لا تؤكل ذبائحهم لا تجوز مناكحتهم كالوثنيين؛ ولأنهم ليسوا من أهل كتاب كأهل الأوثان، فأما المرتدة فلأن كل معنى إذا طرأ على النكاح أوجب فسخه، فإذا وجد في الابتداء منع العقد أصله الملك والرضاع.

فصل [22. نكاح الرجل أمة نفسه]

وإنما قلنا إنه لا يصح أن يتزوج الرجل[3] أمة نفسه[4]؛ لأنه يستبيح منافع البضع بملكه الرقبة، والتزويج إنما هو عقد معاوضة على استباحة منافع ليست بمملوكه فلم يصح ذلك في الملك؛ كما لا يصح أن يستأجر أمته للخدمة؛ لأنه يملك منافعها بملك الرقبة كذلك منافع بضعها.

فصل [23. تزوج الأب أمة ابنه]

وإنما قلنا: لا يصح أن يتزوج بأمة ابنه أو ابنته خلافاً لأبي حنيفة [5]؛ لأن للأب شبهة في مال ابنه بدليل قوله ﷺ: "أنت ومالك لأبيك"[6] ولوجوب نفقته عليه إذا احتاج، وسقوط القطع إذا سرق منه، والحد إذا زنى بأمته، وإذا كان كذلك كان في معنى من يتزوج أمة نفسه فلم يجز.

فصل [24. الابن يتزوج أمة أبيه وأمه]

وإما قلنا: إن للابن أن يتزوج بأمة أبيه وأمه؛ لأنه لا شبهة له في ملكها كالأجانب؛ ولأن سائر الأحكام التي أثبتناها للأب في مال ابنه منتفية عن

---

(1) سورة البقرة، الآية: 221.
(2) سورة المائدة، الآية: 5.
(3) في (م) و(ر): الإنسان.
(4) انظر: المدونة: (163/2)، التفريع: (2/4-45).
(5) انظر: تحفة الفقهاء: (130/1).
(6) أخرجه ابن ماجه في التجارات، باب: ما للرجل من مال ولده: (769/2)، قال البوصيري: إسناده صحيح، وصححه، البزار وعبد الحق وابن القطان (انظر: نصب الراية: 337/3).

الابن في مال أبيه؛ ولأن كل أمة لو زنى بها لحد فإنه يجوز له أن يتزوجها أصله أَمَة الأخ.

فصل [25. التزوج بأمة عبده]

وإنما قلنا: لا يصح أن يتزوج أمة عبده لأنها في معنى أَمته؛ لأن ملك عبده في حكم ملك نفسه[1] ألا ترى أن له انتزاعها منه، وأنه لا يحد بوطئها ولا يقطع في سرقتها، فكان ذلك آكد من ملك ابنه.

فصل [26. منع تزوج المرأة بعبدها]

وإنما قلنا: ليس لامرأة[2] أن تتزوج عبدها؛ لأن منافع البضع يملكها الزوج على المرأة ولا تملكها المرأة عليه، ألا ترى أن المعاوضة عليها يلزم الزوج دون المرأة؛ لأنه هو المقصود له عليها والمملَّك لها، فإذا ثبت ذلك استحال في العبد أن يملك منافع بضع سيدته؛ لأن ملكها لرقبته يمنع لأن يملك عليها منافع خدمتها، ولا يجوز أن تبيحه هي ذلك، لأنها ليست مالكة له على ما بيناه؛ ولأن ذلك يوجب تعارض الحقوق؛ ولأنه يملك بالتزويج منافع بضعها، و ذلك يوجب أن تلزمها طاعته، وذلك له أي وقت طالب به، ويلزمها طاعته بالزوجية وتلزمه طاعتها بالرق، وتلزمه النفقة عليها والكسوة[3] بالزوجية وتلزمها النفقة عليه بالملك، وفي ذلك تعارض الحقوق، ولن[4] يكون أحدهما أولى من الآخر بها وذلك باطل.

فصل [27. تزوج المرأة عبد ابنها]

وإنما قلنا: إن ليس للمرأة أن تتزوج عبد ابنها لمثل ما له منعنا أن تتزوج عبد نفسها؛ لأن ملك ابنها جار مجرى ملكها كملك الرجل لأمة ابنه.

---

(1) في (م): في حكم ماله.
(2) في (م): للمرأة.
(3) والكسوة: سقطت من (م).
(4) في (م): لأن لا.

فصل [28. إذا زالت أسباب التحريم عن المرأة جاز العقد عليها]

وإنما قلنا: إن هذه الأسباب إذا زالت عن المرأة جاز العقد عليها، خلافاً لمن منع ذلك لأنها هي علة منعه، فإذا زالت لم يبق شيء يمنع لأجله.

فالمعتدة إذا خرجت من عدتها جاز العقد عليها، وكذلك المحرمة إذا حلت.

والمستبرأة إذا زالت ريبتها وجلست المدة المضروبة لها، وكذلك من لها زوج إذا بانت منه جاز أن يعقد عليها غيره لزوال ملكه عن منافعها، وواجد الطول للحرة إذا عدمه جاز له التزويج بالأَمَة، والأَمَة الكتابية إذا أعتقت عقد المسلم عليها، والمرتدة إذا تابت والمجوسية إذا أسلمت وسائر من ذكرناه.

فصل [29. في نكاح أهل الشرك]

نكاح أهل الشرك غير صحيح عندنا، وإنما يصححه[1] لهم الإسلام ما لو ابتدؤوه عقده بعد الإسلام لجاز، فأما لو ابتدؤوه في الإسلام لم يجز فإنه لا يصح البقاء عليه كالعقد على ذوات المحارم والرضاع وغير ذلك[2]، وقال أبو حنيفة والشافعي[3]: عقودهم صحيحة في الشرك، ودليلنا أنه قد ثبت أن صحة النكاح مفتقرة إلى شروط هي معدومة[4] في أنكحتهم خالية منها الولي ورضا المرأة المنكوحة[5]، وأن لا يكون في عدة، وأنكحتهم خالية من هذا، فيجب فسادها لأن نكاح المسلم إذا عري من هذه الشروط كان فاسداً، فأنكحة أهل الشرك أولى؛ لأنه نكاح عري من ولي ورضى المتزوجة،

(1) في (ق) و (ر) : يصح.
(2) انظر: المدونة: (211/3) الرسالة: (200).
(3) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 178-179)، مختصر المزني ص: 172-173.
(4) في (م): معدودة.
(5) المرأة: سقطت من (ق) وفي (م): سقطت المنكوحة.

فكان فاسداً كنكاح المسلم؛ ولأن كل عقد لو وقع في الإسلام لكان باطلاً، كذلك إذا وقع في الكفر أصله العقد على ذوات المحارم.

فصل [30. إذا أسلم الكافران]

وإذا أسلم الكافران فالزوجية ممن لو ابتدأ العقد عليها في الإسلام، لكان له فإنهما يثبتان على نكاحهما لا خلاف فيه أعلمه[1]؛ لأن الإسلام يصحح لهم أنكحتهم، فإن كانت من لو أراد ابتداء العقد عليها[2] في الإسلام لم يجز له ذلك، فإن النكاح ينفسخ مثل نكاح ذوات المحارم والموطوءة في العدة وغير ذلك؛ لأن أحسن أحواله أن ينزل منزلة المسلم، وسواء[3] كانا أسلما قبل الدخول أو بعده.

فصل [31. إذا أسلم أحد الزوجين]

فأما عن أسلم أحدهما فإن كان المسلم الزوج نظر: فإن كانا كتابيين ثبتا على نكاحهما كان قبل الدخول أو بعده؛ لأنه لو أراد ابتداء العقد عليها[4] في الإسلام لكان له ذلك، وإسلامه لا يفسخ العقد المتقدم بل يصححه، وإن كانا مجوسين أو مشركين غير كتابيين عرض على المرأة الإسلام، فإن أسلمت عقيب إسلامه أو بعده بالشيء القريب ثبتا على نكاحهما[5]، لأن أبا سفيان أسلم وأسلمت هند بعده فثبتا على نكاحهما[6]، ولأن إسلامها عقيبه أو بعده بالقريب جار مجرى إسلامهما معاً، وإن أبت أن تسلم فاختلف أصحابنا: فعند مالك أن النكاح ينفسخ ولا ينتظر به أن تخرج من

---

(1) ذكر ابن عبد البر أنه إجماع من أهل العلم، انظر: المغنى: (615/6)، نيل الأوطار: (163/6) المحلى: (1264/2)، فتح الباري: (348/9).
(2) عليها: سقطت من (ق).
(3) في (م): كان.
(4) في (م): عليهما.
(5) انظر: المدونة: (212/2- 215)، التفريع: (2/ 63)، الرسالة: (ص: 200).
(6) أخرجه البيهقي: (186/7).

العدة، وعند أشهب أن فسخه[1] موقوف على انقضاء العدة، فوجه قول مالك لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمۡسِكُواْ بِعِصَمِ ٱلۡكَوَافِرِ﴾[2]؛ ولأنه إما أن ينفسخ العقد[3] عقيب إبانتها على ما نقوله أو تبقى مستدامة، وذلك ممنوع، فأما اعتبار العدة فلا معنى له لأنه دعوى، ووجه قول أشهب اعتباره بإسلام الزوجة[4].

فصل [32. إذا أسلمت المرأة قبل الزوج]

إذا أسلمت المرأة قبل الزوج فسواء كان كتابيين أو صابئين[5] أو مجوسيين، فإن كانا قبل الدخول فقد بانت منه ولا رجعة له عليها إن أسلم، لأن إسلامه تنزل منزلة رجعته، والرجعة لا تكون إلا في مدخول بها[6]، وإن كان بعد الدخول وقف الأمر على العدة، فإن أسلم قبل خروجها ثبتا على نكاحها، وإن خرجت قبل إسلامه بانت منه، وإنما قلنا ذلك؛ لأن رسول الله ﷺ أقر جماعة على أنكحتهم وكان زوجاتهم[7] أسلمن قبل إسلامهم وأسلموا هم قبل خروجهن من العدة، منهم: أبو العاص[8] مع ابنته ﷺ زينب[9]، وصفوان بن أمية[10] مع بنت الوليد بن المغيرة[11]، وأم حكيم

---

(1) في (م): الفسخ.
(2) سورة الممتحنة، الآية: 10.
(3) في (م) و (ر): النكاح.
(4) في (م): الزوج.
(5) صابئين: سقطت من (م).
(6) في (م): في عدة.
(7) في زوجاتهن.
(8) **أبو العاص**: ابن الربيع العبشمي، أمه بنت خويلد، واختلف في اسمه، تزوج زينب بنت رسول الله ﷺ كبرى بناته، وهي من خالته خديجة، مات في خلافة أبي بكر (الإصابة: 121/4).
(9) أخرجه أبو داود في النكاح ، باب: إلى متى ترد عليه امرأته إذا أسلم: (675/2)، وابن ماجه في النكاح، باب: الزوجين يسلم أحدهما قبل الآخر: (647/1)، والترمذي في النكاح، الباب: ما جاء في الزوجين المشركين يسلم احدهما: (48/3)، وقال: لا بأس بإسناده.
(10) **صفوان بن أمية**: بن خلف بن وهب الجمحي، أمه صفية بنت معمر، مات بعد مقتل عثمان (الإصابة: 187/2).
بنت الوليد بن المغيرة: ناجية بنت الوليد بن المغيرة زوج صفوان.
(11) أخرجه مسلم في الفضائل، باب ما سئل رسول الله ﷺ قط فقال: لا (186/4، ومالك: 444/4).

بنت الحارث[1] مع عكرمة بن أبي جهل[2]، وغيرهم، وإنما قلنا ذلك؛ لأن البينونة تقع بانقضاء العدة وعدم إسلامه، لأن إسلامه أقيم مقام ارتجاعه، فكان موقوفاً على العدة.

---

(1) **أم الحكيم بنت الحارث**: بن هشام بن المغيرة، المخزومية، زوج عكرمة، أسلمت في الفتح (الإصابة: 444/4).

وعكرمة: بن أبي جهل بن هشام المخزومي، صحابي، أسلم يوم الفتح وحسن إسلامه، واستشهد بالشام في خلافة أبي بكر على الصحيح (تقريب التهذيب ص: 296).

(2) أخرجه ابن سعد في الطبقات، ومالك في الموطأ: (545/2)، و(الإصابة: 187/2). انظر: (نصب الراية: 312/3).

باب: ما يحرم الجمع بينه من النساء

ثم عدنا[1] إلى بقية التقسيم، فقلنا: فأما تحريم الراجع إلى صفة العقد فهو الجمع، وذلك أن التحريم على أضرب: منه تحريم جمع، وذلك على ضربين: ضرب يرجع على الأعيان، وضرب يرجع إلى العدد.

فأما الراجع إلى الأعيان فهو: منع الجمع بين المرأة وأختها أو عمتها أو خالتها أو غير ذلك من ذوات محارمها، وحصر ذلك أن كل امرأتين لو فرضنا كون كل واحدة منهما ذكراً من الطرفين لم يجز له أن يتزوج الأخرى، فإن الجمع بينهما حرام، وكل امرأتين لو كانت كل واحدة منهما ذكراً لجاز[2] له أن يتزوج الأخرى، فالجمع بينهما جائز، فالأول مثل نكاح الأختين، والجمع بين المرأة وعمتها وخالتها؛ لأن كل واحدة منهما لو كانت ذكراً لم يكن له التزوج[3] بالأخرى.

والثاني: مثل الجمع بين المرأة وبنت عمها جائز[4] وبنت خالها وبنت خالتها جائز وما أشبه ذلك[5]: والأصل في هذه الجملة قوله تعالى: ﴿وَأَن تَجۡمَعُواْ بَيۡنَ ٱلۡأُخۡتَيۡنِ﴾[6]، ونهيه أن تنكح المرأة على عمتها أو

---

(1) في (م): ثم عمدنا.
(2) في (م): لكان.
(3) في (م): التزويج.
(4) جائز: سقطت من (م).
(5) في جملة هذه الأحكام انظر: المدونة: (2/199-206)، التفريع: (2/63-64)، الرسالة: (ص: 198-199). الكافي: (ص: 240-241).
(6) سورة النساء، الآية: 23.

خالتها[1]، فإذا ثبت ذلك، فهذا الجمع المحرم يقع على صفتين: إحداهما: أن يجمع بينهما في عقد واحد، والأخرى في عقدين مفترقين، فإن جمع بينهما في عقد فنكاحهما فاسد: لأنه قارنه ما منع انعقاده، وهو مشاركة الأخرى لها في العقد، فكان كمن عقد على صبية وامرأة[2] ترضعها، فإن العقد قد قارنه ما منع انعقاده فلم ينعقد، وإن وطئهما أو إحداهما فالفسخ واجب بغير طلاق، وللموطوءة المهر عوضاً من الاستمتاع، وإن كان عقد على إحداهما ثم عقد على الأخرى، فعقد الأولى صحيح، وعقد الثانية باطل دخل بها أو لم يدخل، ولها إن دخل بها المهر، ولا يقر على نكاحها بوجه ما دامت الأولى عنده.

وإنما قلنا: عن نكاح الأولى صحيح؛ لأنه عقد عار مما يفسده، فلم يفسد بطروء عقد فاسد عليه، وإنما قلنا: إن نكاح الثانية فاسد؛ لأنه بينها وبين الأولى وهو صريح النهي لقوله ﷺ: "لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها"[3].

فصل [1. الجمع بعقد النكاح، وبملك اليمين]

لا خلاف في منع هذا الجمع بعقد النكاح والأصل فيه الظاهر والخبر[4]، فأما بملك اليمين فعندنا أنه كالنكاح في المنع واختلف فيه في الصورة[5] الأولى، فذهب قوم إلى جواز الجمع بين الأختين بملك اليمين، ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَأَن تَجۡمَعُواْ بَيۡنَ ٱلۡأُخۡتَيۡنِ﴾[6] فعم، ولأنه أحد نوعي[7]

(1) أخرجه البخاري في النكاح، باب: لا تنكح المرأة على عمتها: (128/60)، ومسلم في النكاح، باب: تحريم الجماع بين المرأة وعمتها: (1028/2).
(2) في (م): أمة.
(3) سبق تخريج الحديث تقريباً.
(4) الظاهر من قوله تعالى: "وأن تجمعوا بين الأختين" والخبر "لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها".
(5) في(ر): الصداق، وفي (م): الصدر.
(6) سورة النساء، الآية: 23.
(7) نوعين: سقطت من (ق) و (م).

استباحة الفرج في الشرع كالنكاح؛ ولأن الذي له منع ذلك في النكاح خيفة العداوة والتباغض، وأدى ذلك إلى قطع الأرحام، وهذا يستوى فيه العقد والملك.

فصل [2. فيمن أراد نكاح أخت امرأته]

فإذا ثبت ذلك فمن كان[1] عنده امرأة بنكاح أو ملك فأراد استباحة وطء أختها لم يجز له ذلك إلا بأن يحرم الأولى عليه بطلاق بائن إن كانت زوج، أو ببيع أو إعتاق أو كتابة أو هبة لمن لا يجوز له ارتجاعها منه إن كانت أمه، أو ما أشبه ذلك من ضروب التحريم الذي لا يكون له حله بيده متى أراده.

فصل [3. في الجمع بين المرأة وامرأة أبيها]

ويجوز الجمع بين المرأة وبين امرأة أبيها خلافاً لبعضهم؛ لأنهما أجنبيتان كامرأة عمها، ولا يراعى فيه أنه لو كانت ابنة الزوج ذكراً لم يجز له التزويج بامرأة أبيه لأنه من الطرف الآخر لا يتصور.

فصل [4. في جمع أكثر من أربع نسوة]

فأما الضرب الآخر من الجمع وهو الراجع إلى العدد دون الأعيان، فهو عقد النكاح دون ملك اليمين وهو الزيادة على أربع نسوة، ولا خلاف في ذلك يعتمد عليه، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثۡنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾، فقصره على هذا العدد فدل على منع الزيادة عليه[2]،

---

(1) كان: ن سقطت من (م).

(2) عليه سقطت من (ق).

وقوله ﷺ لغيلان لما أسلم وعنده عشرة نسوة: "اختر أربعة وفارق سائرهن"[1]، وهذا كالمعلوم ضرورة من دين الأمة.

فصل [5. من بانت منه زوجته جاز له أن يتزوج كل من كان ممنوعاً من العقد عليها]

ومن بانت منه زوجته المدخول بها بخلع، أو بطلاق ثلاث، أو بفسخ، أو بأي شيء كان مما يقع به البينونة مع بقائه جاز له أن يتزوج كل من كان ممنوعاً من العقد عليها قبل أن تبين منه، وإن كانت في العدة مثل أختها أو عمتها أو خالتها أو أربعة سواها[2] خلافاً لأبي حنيفة[3]؛ لأن كل جمع حرم على الزوج بعقد النكاح، فإن تحريمه يزول بالبينونة أصله إذا خرجت من العدة، وإذا طلقت قبل الدخول؛ ولأن كل امرأة لا يلحقها طلاقه جاز له التزويج بأختها الأجنبية.

فصل [6. إذا أسلم المشرك وعنده أكثر من أربع]

وإذا أسلم المشرك وعنده أكثر من أربع اختار منهن أربعاً، وفارق البواقي، وسواء جمع[4] بينهن في عقد واحد أو في عقود متفرقة، وسواء اختار الأوائل أو الأواخر[5]، خلافا لأبي حنيفة في قوله: إنه ليس له أن يختار الأواخر ولا من جمع بينهن في عقد[6]، لما روي: أن غيلان أسلم وكان تحته عشرة نسوة فأسلمن معه فأمره النبي ﷺ أن يختار منهن أربعا[7]، وعند المخالف ليس له الخيار؛ لأن عقود الأوائل صحيحة وعقود الأواخر فاسدة؛ ولأنه لم يسأله

---

(1) أخرجه ابن ماجه في النكاح، باب: الرجل يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة: (628/1)، والترمذي في النكاح، باب: ما جاء في الرجل يسلم وعنده عشر نسوة: (435/30)، وابن حبان والحاكم: (193/2)، وصححاه (انظر تلخيص الحبير: (168/3)).

(2) انظر: الرسالة: (ص: 203-204)، الكافى: (ص: 241).

(3) انظر: مختصر الطحاوى (ص: 177)، تحفة الفقهاء: (126/1).

(4) في (م):عقد.

(5) انظر: المدونة: (218/2) الرسالة: (ص:201).

(6) انظر: الطحاوى ص: 180.

(7) سبق تخريج الحديث.

هل عقد عليهن عقداً واحداً أو عقوداً متفرقة، وقال لفيروز الديلمي[1] لما أسلم وتحته أختان: "اختر أيهما شئت"[2]؛ ولأن كل امرأة جاز له ابتداء العقد عليها في الإسلام جاز له المقام معها على نكاح الشرك أصله الأوائل؛ ولأن أنكحتهم عندنا فاسدة، وإنما تصح[3] لهم بالإسلام عقودهم، ويعفى عما بنوها عليه من التحريم إذا كانت المرأة ممن يجوز ابتداء العقد عليها في الإسلام، فلو منعنا التمسك بالأواخر لمنعناه بالأوائل.

---

(1) **فيروز الديلمي**: اليماني، صحابي، قتل الأسود الذي ادعى النبوة في زمن النبي ﷺ، مات في زمن عثمان، وقيل في زمن معاوية (تقريب التهذيب: ص 4482).

(2) أخرجه أبو داود في الطلاق ، باب فيمن أسلم وعنده نساء أكثر من أربع أو أختان، الترمذي في النكاح، باب: ما جاء في الرجل يسلم وعنده أختان: (427/3)، وابن ماجه في النكاح، باب: الرجل يسلم وعنده أختان: (627/1)، وقال الترمذي: حسن غريب، أخرجه البيهقي: (184/7)، وقال إسناده صحيح وصححه ابن حبان.

(3) في (م):صحح.

باب: من التحريم

والضرب الثاني من التحريم: وهو التحريم المتأبد، وهو تحريم الأعيان، وتفسيره أن التحريم يرجع إلى نفس المرأة وعينها فلا تحل بوجه، ويفارق تحريم الجمع وغيره مما لا يتأبد، لأن ذلك إذا زال من العين[1] زال تحريمها، وتحريم الأعيان على قسمين: أحدهما بنسب، والآخر بسبب[2]، فأما النسب فالمحرم به السبع المذكورات في القرآن وهن: الأمهات، والبنات، والأخوات، والعمات، والخالات، وبنات الأخ، وبنات الأخت.

فالأم: اسم لكل أنثى لها عليك[3] ولادة، فكل أنثى لها عليك ولادة فهي لك أم وهي محرمة عليك، فيدخل في ذلك الأم دنية والجدات من قبلها ومن الأب وإن علون.

والبنت: اسم لكل أنثى لك عليها ولادة[4]، فكانت مباشرة بالولادة أو نازلة فيدخل في ذلك ابنة الصلب؛ لأن الاسم لها حقيقة بالمباشرة وبناتها وبناتهن، وبنات الابن وبناتهن وإن نزلن.

والأخت: لا تتعدى اسم درجتك وهي اسم لمن شاركتك في الانتساب، وإلى من له عليك ولادة من أب أو أُمُ منهما، فيدخل في ذلك الأخت الشقيقة وللأم وحدها وللأب وحده.

---

(1) أي: إذا زال السبب زال تحريمهم المرأة.
(2) في جملة الأحكام التالية انظر: التفريع: (70/2)، الرسالة: (ص: 198)، الكافي: (ص: 239-240).
(3) عليك: سقطت من (م) من (ر).
(4) في (م): أنثى من ولادتك.

والعمة: هي أخت أبيك وكل ذكر له عليك ولادة من الأجداد وآبائهم.

والخالة: اسم لأخت أمك وأخت كل أنثى لها عليك ولادة من الجدات وأمهاتهن.

وبنات الأخ: اسم لكل أنثى لأخيك عليها ولادة من قبل أمها أو أبيها فكلهن حرام عليك.

(**وبنات الأخت:** اسم لكل أنثى لأختك عليها ولادة من قبل أبيها أو أمها)[1]، فكلهن حرام عليك، فهؤلاء الأعيان السبع محرمات تحريم عين لا يحن بوجه.

نوع آخر: التحريم بسبب.

أما السبب فضربان[2]: رضاع، وصهر، ويتعلق بذلك ضرب طارئ يلحق بهن في الحكم وليس بأصل وهو (تحريم الملاعنة والموطوءة في العدة لأن هاتين قد حرمتا)[3] تحريم عين أيضاً لا يحللن بوجه.

فأما الرضاع، فجار مجرى النسب في التحريم، فكل محرمة بالنسب محرمة بالرضاع فالأم محرمة كالأم من الولادة، وكذلك البنت من الرضاع وهي التي أرضعتها زوجتك لو أرضعت بلبنك فأنت أب لها كما أن زوجتك أم لها فتحرم عليك إن كانت ابنة كما يحرم على زوجتك إن كان ابناً، وعلى هذا تجري مسائل هذا الباب، والأصل في وقوع التحريم به قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ﴾[4]، وقوله: ﴿وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾[5]، وقوله ﷺ: "يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة"[6].

---

(1) ما بين قوسين: سقط من (م).
(2) انظر: المدونة: (200/1)، التفريع: (70/2)، الرسالة (ص: 198-199)، الكافي (ص: 240).
(3) ما بين قوسين: سقطت من (م).
(4) سورة النساء، الآية: 23.
(5) سورة النساء، الآية: 23.
(6) أخرجه البخاري في الشهادات، باب: الشهادة على الأنساب: (149/3)، ومسلم في الرضاع، باب: ما يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة: (1068/2).

فصل [1. التحريم بالمصاهرة]

وأما الصهر وهو المناكحة فهو أربعة أعيان: زوجات الآباء والأصل فيه قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ﴾[1]، وزوجات الأبناء: والأصل فيه قوله تعالى: ﴿ وَحَلَٰٓئِلُ أَبْنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنْ أَصْلَٰبِكُمْ ﴾[2]، وأمهات النساء: والأصل فيه قوله تعالى: ﴿ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ ﴾[3]، وبنات النساء: والأصل فيه قوله تعالى: ﴿ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِى فِى حُجُورِكُم ﴾[4].

والتحريم بالصهر على ضربين:

تحريم بمجرد العقد الصحيح ومن غير حاجة إلى دخول وهو تحريم زوجات الآباء والأبناء وأمهات النساء.

وتحريم لا يقع بمجرد العقد[5] دون مضامة الوطء، أو ما يقوم مقامه من التقبيل واللمس واللذة وهو تحريم الربائب، فأما تحريم زوجات الآباء والأبناء بمجرد العقد فلا خلاف فيه، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾[6] فعم، وقوله: ﴿ وَحَلَٰٓئِلُ أَبْنَآئِكُمْ ﴾[7] ولم يخص.

فصل [2. في تحريم أمهات النساء بالعقد]

وإنما قلنا: إن أمهات النساء يحرمن بمجرد العقد خلافاً لما يحكى عن عليّ[8] رضي الله عنه، أنهن لا يحرمن إلا بالعقد والوطء، لقوله تعالى: ﴿ وَأُمَّهَٰتُ

(1) سورة النساء، الآية: 22.
(2) سورة النساء، الآية: 23.
(3) سورة النساء، الآية: 23.
(4) سورة النساء، الآية: 23.
(5) في (م): العقود.
(6) سورة النساء، الآية: 22.
(7) سورة النساء، الآية: 23.
(8) أخرجه عبد الرزاق: (6/278-279).

﴿نِسَآئِكُمْ﴾[1] فأطلق؛ ولأن العقد معنى تصير به المرأة فراشاً، فوجب متى وجد أن تحرم معه الزوجة أصله الوطء.

فصل [3. في أن الربيبة تحرم بوطء الأم]

وإنما قلنا: إن الربيبة لا تحرم بمجرد العقد دون وطء الأم لقوله تعالى: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾[2]، ولا خلاف في ذلك[3].

فصل [4. عدم اشتراط الحجر في تحريم الربيبة]

وليس من تحريم الربيبة أن تكون في حجر المتزوج بأمها خلافاً لداود[4]، لقوله ﷺ: "أيما رجل نكح امرأة ثم طلقها قبل أن يدخل بها حرمت عليه أمها ولم تحرم عليه بنتها"[5]، ولم يعتبر الحجر؛ ولأن الحجر لا تأثير له في التحريم اعتباراً بسائر المحرمات، والظاهر خرج على تعريفهن بغالب أحوالهن.

فصل [5. في أن اللمس والقبلة يقومان مقام الوطء في التحريم]

وإنما قلنا: إن القبلة واللمس للذة يقومان مقام الوطء في التحريم خلافاً الشافعي[6]؛ لأنه استمتاع بمباشرة الوطء، فأما النظر للذة ففيه خلاف[7]: فوجه التحريم به أنه نوع من الاستمتاع باللذة كالقبلة، ووجه الكراهة فلأنه ليس بمباشرة كالالتذاذ[8] بالتفكر.

---

(1) سورة النساء، الآية: 22.
(2) سورة النساء، الآية: 23.
(3) انظر: الإجماع (ص: 93-95)، المغنى: (569/6)، فتح الباري:(158/9).
(4) انظر: المغني: (569/6)، بداية المجتهد: (4286-429).
(5) أخرجه الترمذي في النكاح، باب: ما جاء فيمن يتزوج المرأة ثم يطلقها قبل أن يدخل بها هل يتزوج ابنتها أم لا؟ (425/3)، وقال: هذا حديث لا يصح من قبل إسناده، أخرجه ابن جرير في التفسير، والبيهقي: (40/7).
(6) انظر: الأم: (5/3-5)، مختصر المزني (ص:168-169).
(7) في (م): ففيه احتمال.
(8) في (م): كالتلذذ.

فصل [6. الموطوءة في العدة والملاعنة]

فأما الموطوءة في العدة فقد ذكرناها، والملاعنة ترد في باب اللعان.

فصل [7. الاستمتاع المعتبر في تحريم الصهر]

الاستمتاع المعتبر في تحريم الصهر ممن ذكرنا هو الحلال أو ما كان شبهه، فأما الزنا المحض ففيه روايتان[1]: إحداهما أنه يثبت به حرمة المصاهرة، والأخرى أنه لا يثبت به، فوجه إثباتها قوله تعالى: ﴿مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾[2] فعم؛ ولأن كل تحريم بالوطء الحرام أصله التحريم في الوطء بشبهة؛ ولأنه استمتاع كالحلال، ووجه نفيها أنه وطء يوجب الحد كاللواط؛ ولأن الزنا لا حرمة له في نفسه فلم ينشر الحرمة إلى غيره عكسه الحلال.

(1) انظر: المدونة: (202/2)، الرسالة (ص: 199)، الكافي (ص: 244).
(2) سورة النساء، الآية: 22.

باب: حق المقام عند الزوجة الجديدة

ومن تزوج بكراً وله نساء سواها أقام عندها سبعاً، وإن تزوج ثيباً أقام عندها ثلاثاً، ثم استأنف القسم بينها وبين سائر نسائه، ولا يلزمه قضاء لهن[1] خلافاً لأبي حنيفة[2]؛ لقوله ﷺ: "للبكر سبع وللثيب ثلاثة"[3] وقوله لأم سلمة[4] لما تزوجها: "ليس بك على أهلك هوان إن شئت سبعة عندك وسبعة عندهن، وإن شئت ثلاثة ودرت قالت ثلاث"[5] فأخبر أن الثلاث لا تقضى في حق الثيب؛ ولأن الزوجة الحديث تحتاج إلى زيادة في الإيناس والبسط لتزول حشمتها ويذهب انقباضها، وذلك يقتضى مدة من الزمان يمكن ذلك فيه، وكانت البكر إلى هذا أحوج من الثيب فزيد في ضرب المدة لها.

فصل [1. في كون السبع ليالي حقا للطارئة على الزوج أو له]

وفي كون ذلك حقاً للطارئة على الزوج أو حقاً له على سائر أزواجه روايتان، وفائدة الخلاف أنه إذا كان حقاً له كان له فعله وتركه، وإذا كان حقاً لها لم يجز تركه بإذنها، فوجه القول الأول بأنه حق لها عليه ما روي: أنه ﷺ قال: "للبكر سبْعاً وللثيب ثلاثاً"[6]؛ ولأن الغرض من ذلك إيناسها

---

(1) انظر: المدونة: (ص 197-198)، التفريع: (65/2)، الرسالة: (ص: 203)، الكافي: (ص: 256).
(2) انظر: مختصر الطحاوى (ص: 190)، مختصر القدورى مع شرح الميداني: (30/3).
(3) أخرجه مسلم في الرضاع، باب: ما تستحقه البكر والثيب من إقامة الزوج عندها عقب الزفاف: (1083/2).
(4) أم سلمة: هند بنت أبي أمية، المخزومية، أم المؤمنين، (ت62هـ) (تقريب التهذيب: 754).
(5) أخرجه مسلم في نفس الكتاب، ونفس الباب: (1083/2)، ومالك: (529/2)
(6) سبق تخريج الحديث قريباً.

وبسطها وذهاب انقباضها وهذا حق لها، ووجه القول بأنه حق له أنه معنى يعود إلى الالتذاذ[1]، فكان حقا لهن غير مستحق عليه كعدم الوطء.

فصل [2. في القسم بين الحرة والأمة]

وإذا كان له زوجتان حرة وأمة، فعنه في القسم بينهما روايتان[2]: إحداهما التسوية، والأخرى المفاضلة ثلثان[3] للحرة وثلث[4] للأمة، فوجه التسوية اعتبارها بالحرة، والقسم من سائر الحقوق الزوجية، ووجه المفاضلة فلمزية الحرة على الأمة وزيادة حرمتها، ويلزم الرجل العدل بين نسائه في القسم في الصحة والمرض بحسب الإمكان من غير ميل ولا جور لقوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِ﴾[5]، وقوله ﷺ: "من كان له امرأتان فلم يعدل بينهما جاء يوم القيامة شقه مائل"[6]؛ ولأن الزوجات يستوين في حقوق الزوجية فوجب أن تستحق كل واحدة منهن من العشرة والصحبة ما تستحقه الأخرى.

ومقدار القسم: يوم وليلة لأنه ﷺ كذلك كان يفعل[7]، وإذا أراد سفراً، فإن كان فيهن من لا تصلح للسفر وفيهن من هي أرفق به وأطوع[8] لأمره كان ذلك عذراً له في السفر بها وعذراً عن الأخرى، وإن تساوين وتقاربن فإن كان سفر حج أو غزو أقرع بينهن فيسافر بمن خرج سهمها ثم لا يلزمه

---

(1) في (م): التذاذه.

(2) انظر: المدونة: (199/2)، التفريع: (67/2)، الرسالة: (ص:200-203)، الكافي: (ص: 256-257).

(3) في (م): ليلتان.

(4) في (م): ليلة.

(5) سورة النساء، الآية: 19.

(6) أخرجه أبو داود في النكاح، باب : في القسم بين النساء: (601/2)، والنسائي في عشرة النساء، والباب: ميل الرجل: (60/7)، وابن ماجه في النكاح، باب: القسمة بين النساء: (633/1)، والترمذي في النكاح، الباب: ما جاء في التسوية بين الضرائر: (447/3)، وأحمد: (374/2)، والبيهقي (297/2)، والحاكم: (186/2)، وقال الترمذي: لا نعرف هذا الحديث مرفوعاً إلا من حديث همام، وهمام ثقة حافظ (447/3).

(7) وهذا معلوم بالأخبار المتواترة عنه ﷺ.

(8) في (م): أمشي.

قضاء لمن لم يسافر بها عوده[1] بل يستأنف القسم بينهن وفي سفر التجارة روايتان: إحداهما الإقراع، والأخرى نفيه، وثبوت الخيار له، وإنما قلنا: إنه يقرع بينهن؛ لأن رسول الله ﷺ كذلك كان يفعل[2]، ولأنه ليست إحداهن أولى من الأخرى.

ووجه اختصاص سفر الحج والغزو بذلك فلأنه[3] آكد لكون جنسه فرضاً، ولأنه ﷺ لم يقرع بينهن إلا فيهما، والقرعة إتباع، ووجه التسوية في سائر الأسفار اعتباراً بسفر الحج والغزو وتساويهما في الحاجة والرفق.

---

(1) في (م): بعد غزوه.
(2) أخرجه البخاري في الهبة، باب: هبة المرأة لغير زوجها: (135/3)، ومسلم في التوبة، باب: في حديث الإفك: (210/4).
(3) في (ر): فإنه.

باب: في امرأة المفقود

امرأة المفقود يضرب لها[1] أجل أربع سنين، فإن جاء فيها وإلا اعتدت وتزوجت، وصفة المفقود[2] الذي هذا حكمه أن يغيب الرجل عن امرأته، فيعمى خبره وينقطع أثره ولا يعلم موضعه، ولا تدري حياته ولا موته، فامرأته مخيرة بين أن تقيم على ما هي وبين أن تختار فراقه: فإن اختارت فراقه فوجه ذلك أن تأتي إلى الحاكم فتذكر له قصتها، فينظر في ذلك ويفحص عن أخباره ويسأل عنه في المواضع التي يظن أنه بها، ويسأل أهله أين سمعوه يذكر الخروج، أو أين كانت عادته ويبحث عنه على حسب الإمكان والاجتهاد، فإذا لم يقف على خبر استأنف لها ضرب أجل مدته أربع سنين، فإن جاء في المدة أو علمت حياته، فهي زوجته على حالها ويبطل خيارها، وإن مضى الأجل ولم يوقف له على خبر اعتدت عدة الوفاء ولا ينفق في العدة من ماله، فإن جاء وهي في العدة فهي امرأته، وإن نقضت[3] قبل العلم بخبره، فلها أن تتزوج من غير حاجة إلى استئذان الإمام، فإن جاء بعد أن نكحت ففيها روايتان: إحداهما أنه لا سبيل له عليها وقد بانت منه دخل الثاني بها أو لم يدخل، والأخرى أنه إذا كان لم يدخل بها، فهي للأول، وإن كان الثاني دخل بها فهي له ولا يحتاج في الحكم بفراقه إلى قضاء من حاكم، ثم ينظر فإن كان الأول قد دخل بها فلها الصداق كاملاً، وإن كان لم يدخل بها ففيها روايتان: إحداهما أن لها

---

(1) في (ق): يضرب له.
(2) انظر: المدونة: (2/91-92)، التفريع: (2/107-108)، الرسالة: (ص: 302).
(3) في (م): انقطعت.

نصفه، والأخرى أنه كله لها ولا شيء له، وإذا بانت من الثاني فأرادت العودة كانت على تطليقتين، وبعد ذلك الفراق طلقة.

فصل [1. في أن الإمام يسأل عن المفقود]

وإنما قلنا: إن الإمام يسأل عن خبره ويبحث ليزول الضرر عن المرأة؛ لأنه لا يجوز أن يبتدئ ضرب الأجل لها قبل السؤال والبحث لجواز أن يكون حياً، فيعلم ذلك بالبحث عن خبره والسؤال عن أمره، وليس للإمام أن يفرق ابتداء بين رجل وامرأته.

فصل [2. في ضرب الأجل للمفقود]

وإنما قلنا: يضرب له الأجل لإجماع الصحابة على ذلك، روي عن عمر: أنه يضرب لها[1] أجل أربع سنين ثم يفرق بينهما، وروي مثله عن عليّ ﵁[2][3]، وروي مثله عن جماعة من التابعين، ولم يحفظ خلافاً عن أحد من الصدر الأول في ذلك، ولأنه لما كان الخيار ثابتاً لها في الفرقة مع العنة والإيلاء ولم يكن فيها إلا فقد الوطء دون فقد العشرة والنفقة كان في مسألتنا الجامعة لفقد كل ذلك أولى بثبوت الخيار.

فصل [3. في مقدار الأجل المضروب للمفقود]

وإنما قلنا: إنّ الأجل أربع سنين؛ لأن هذه الرواية بهذا القدر جاءت عن الصحابة ومن ذكرناه، ولأن الإجماع منحصر على أحد مذهبين إما أن تبقى أبداً على ما هي عليه أو يضرب لها أجل هو هذا المقدار دون غيره، ولأن أصل ضرب الأجل هو الغالب من مدة الحمل وغالبه هذا القدر.

---

(1) في (م): له.

(2) أخرجه مالك في الموطأ: (575/2)، الدار قطني: (421/2)، البيهقي: (424/7- 425، 445)، ورويت عن عثمان ﵁ أيضاً.

(3) ﵁: سقطت من (م).

فصل [4. في عدة امرأة المفقود بعد انقضاء الأجل]

وإنما قلنا: إنها تعتد بعد انقضاء الأجل[1]، لأن أمره ينزل على الوفاء، لأن ذلك هو الغالب من شأنه؛ لأنه لو كان حيا لكان مع طوال[2] البحث وكثرة الفحص يعلم حاله، ولا يجوز لمحكوم لها بالمفارقة أن تتزوج إلا بعد العدة ولم ينزل أمره على الطلاق، ولا يوجب عليها عدة قبل الدخول احتياطاً للزوج الأول وللنسب ولم يجعل عليها عدة الطلاق بناء على الغالب.

فصل [5. لا ينفق عليها في العدةمن ماله]

وإنما قلنا: لا ينفق عليها في العدة من ماله؛ لأنها إنما تعتد على أنه قد حكم بموته ولا نفقة للمتوفى عنها، وذلك يخالف مدة الأجل؛ لأنها في العدة على الزوجية.

فصل [6. عودة المفقود في المدة أو في العدة]

وإنما قلنا: إنه إن جاء زوجها في المدة أو في العدة، فهي امرأته فلأنه لم يحدث بينهما فرقة؛ لأن المدة إنما ضربت لمجيئه، والعدة إنما بشرط ثبوت وفاته ولم تثبت بتزويج فيكون الثاني أحق بها، فذلك كانت باقية على زوجيته.

فصل [7. في زواج امرأة المفقود بغير انقضاء العدة]

وإنما قلنا: إن العدة إذا انقضت جاز لها التزويج؛ لأن الخبر بذلك ورد عن عمر بن الخطاب وعثمان[3]، رضي الله عنهما؛ ولأن اعتدادها لو لم يفد[4] تزويجها لكان لا معنى له.

---

(1) في (م):عقد الأجل.
(2) في (م):طول.
(3) سبق تخريج الأثر تقريباً.
(4) في (م): لم يبح.

فصل [8. إذن الإمام في زواج امرأة المفقود]

وإنما قلنا: إنها لا تحتاج في ذلك إلى إذن الإمام؛ لأنه لأن قد حصل بضرب الأجل، لأن فائدة حبسها عن التزويج قبل انقضائه زوال المنع بانقضائه.

فصل [9. إذا جاء المفقود بعد زواج امرأته]

وإنما قلنا: إن المفقود إذا جاء بعد دخول الثاني فلا مقال له؛ لأنها قد بانت بالوطء وحكم الحاكم؛ لأن اعتدادها حكم من الحاكم بالفراق عليه على الشرط الذي قدمناه إلا أن يجيء قبل التزويج، فأما إذا جاء بعد التزويج وقبل الدخول ففيها روايتان[1]: إحداهما أنها للمفقود، والأخرى أنها للثاني، فوجه الأولى أنه عقد نكاح طرأ على عقد صحيح تقدمه بضرب سائغ من الاجتهاد، فوجب أن لا تمنع نفسها عن الأول إلا بأن يضامها دخول، أصله نكاح الوليين، ووجه الثانية أنها نكحت بعد الاعتداد وضرب الأجل كما لو دخل بها.

فصل [10. عدم رجوع الزوج على امرأته بالصداق]

وإنما قلنا: لا يرجع عليها[2] بالصداق، فلأن أمره نزل على الوفاة، وإذا قلنا: يرجع عليها بنصف الصداق؛ فلأنها فرقة تحسب طلاقاً[3] كفرقة غير المفقود.

فصل [11. في قسمة مال المفقود على الورثة]

ولا يقسم ماله بين ورثته إلا بأن يتيقن موته؛ لأنه ضرر في تبقيته وهو مفارق للزوجة، فإن أتى عليه من الزمان: ما لا يعيش إلى مثله موت[4]

---

(1) انظر: المدونة: (91/2)، التفريع: (108/2)، الكافي: (ص: 260).
(2) عليها: سقطت من (ق).
(3) في (ق) و (ر): طلاقها.
(4) أي: حكم عليه بالموت.

بالتعمير وقسم ماله بين ورثته، واختلف قول[1] مالك وأصحابه في مدة التعمير، والظاهر أنه سبعون، وقيل: ثمانون، وقيل: تسعون (وقيل: مائة، والصحيح سبعون)[2] سنة؛ لقوله ﷺ: "أعمار أمتي ما بين الستين إلى السبعين، فأقلهم من يجاوز ذلك"[3]، وهذا إخبار عما يتعلق به الحكم من الأعمار، وما زاد على ذلك فليس فيه دليل يتحرر لكل قول، وإنما هو على حسب ما يتغلب في الظن من طول المدة أو قصرها.

فصل [12. المفقود في معترك القتال]

المفقود في معترك[4] القتال إذا لم يوقف له على خبر يجتهد الحاكم في أمره، فإن غلب على الظن هلاكه اعتدت امرأته وتزوجت، ولا يحتاج إلى ضرب أجل؛ لأن الأغلب من شأنه الهلاك[5].

فصل [13. بقاء زوجة الأسير]

الأسير بخلاف المفقود لا يجوز لامرأته أن تتزوج ولا يضرب لها معه أجل؛ لأن حياته معلومة، وعذره في نفي[6] قصد المضارة ظاهر[7].

---

(1) قول: سقطت من (م).
(2) ما بين قوسين: سقطت من (م).
(3) أخرجه ابن ماجه في الزهد، باب: الأمل والأجل: (1425/20)، والترمذي في الزهد، باب: ما جاء في فناء أعمار هذه الأمة: (490/4)، وقال: هذا حديث حسن غريب، والبيهقي: (370/3).
(4) في (م): في معركة.
(5) انظر: المدونة: (20/98-99)، التفريع: (2/108-109)، الكافي: (ص: 261).
(6) نفي: سقطت من (م) ومن (ر).
(7) انظر: المدونة: (98/2)، التفريع: (2/108-109)، الكافي: (ص: 281).

باب: في الطلاق

الطلاق[1] على ضربين: رجعي، وبائن، فالرجعي من حقه أن يرد على مدخول بها، والبائن هو الذي لا رجعة فيه، وقد يكون في المدخول بها وفي التي لم يدخل بها، وجملته للحر ثلاث، وللعبد تطليقتان، وهو معتبر بالرجال دون النساء، فالحر يطلق ثلاثاً كانت زوجته حرة أو أمة، والعبد يطلق اثنتين كانت زوجته حرة أو أمة، والرجعة تثبت في الطلقة الواحدة للحر والعبد وفي الطلقتين للحر والثانية للعبد كالثالثة للحر[2] لا رجعة فيها، وتحرم بها عليه فلا تحل له إلا بعد زوج: أوقعها مجتمعات أو مفترقات ويمنع إيقاعها مجتمعة، ويقضى بذلك إن فعله ولكنه ينفذ ويلزم: وتحرم به فلا تحل بعقد نكاح، ولا ملك يمين إلا بعد زوج يتزوجها تزويجاً صحيحاً نكاح رغبة يقصد الاستباحة دون التحليل، فإن وقع الفساد في العقد، أو التحريم في الوطء مثل أن يطأها محرمة أو صائمة أو حائضاً أو على وجه ممنوع لحق الله تعالى فلا يحلها، وإن شرطا في العقد أن يحلها دون قصد[3] استدامة نكاحها، فالعقد فاسد لا يقيمان عليه، والاعتبار في ذلك بقصد الناكح دون المنكوحة، ولا يحلها إلا وطء بعقد نكاح لا يملك يمين[4].

---

(1) **الطلاق في اللغة**: يدل على التخلية والإرسال، **وفي الاصطلاح**: هو صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته موجباً تكررها مرتين للحرّ، ومرة لذي رق حرمتها عليه قبل زوج (انظر معجم مقاييس اللغة: (320/3)، حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع ص: 184).

(2) للحر: سقطت من (م).

(3) قصد: سقطت من (م).

(4) في جملة هذه الأحكام انظر: المدونة: (66/2)، التفريع: (73/6-75)، الرسالة، (ص: 201-203)، الكافي: (ص: 262-264).

فصل [1. فيما تثبت فيه الرجعة]

وإنما قلنا: إن الرجعة تثبت فيما دون الثلاث؛ لقوله تعالى:[1] يعني الارتجاع، ولقوله: ﷺ في حديث ابن عمر لما طلق امرأته حائضاً: "مره فليراجعها"[2]، ولا خلاف في ذلك[3].

فصل [1. الرجعة تكون في المدخول بها]

وإنما قلنا: إنها لا تكون إلا في مدخول بها؛ لقوله تعالى: ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ ﴾[4] يعني في العدة، وزجره عن الثلاث بقوله: ﴿ لَا تَدْرِي لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا ﴾[5]، يعني الندم، فيكون له سبيل إلى الارتجاع؛ ولأن الرجعة من حقها أن ينفرد[6] الزوج بها من غير مراعاة لرضا المرأة، وذلك لا يكون إلا في المدخول بها؛ لأن غير المدخول بها لا عدة عليها فلا سبيل إلى ردها إلا بنكاح جديد، وذلك يفتقر إلى إذنها.

فصل [3. في جملة عدد الطلاق]

وإنما قلنا: إن جملة الطلاق ثلاث؛ لقوله تعالى: ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ .....إلى قوله فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ﴾[7] وسئل رسول الله ﷺ عن الثالثة فقال: "أو تسريح بإحسان"[8]، وفي حديث ابن عمر قال: "أرأيت لو طلقتها ثلاثاً؟! قال: عصيت ربك، وبانت منك امرأتك[9]، ولا خلاف أن ما فوق الثلاث لا مدخل له في الطلاق[10].

---

(1) سورة البقرة، الآية: 228.
(2) أخرجه البخاري في أوائل الطلاق: (163/6)، ومسلم في الطلاق، باب: تحريم طلاق الحائض: (1093/2).
(3) انظر: المحلى: (621/11)، المغنى: (329/6)، بداية المجتهد: (7/7)، فتح الباري: (286/9-299).
(4) سورة البقرة، الآية: 228.
(5) سورة الطلاق الآية: 1.
(6) في (م): أن يتقرب.
(7) سورة البقرة، الآية: 229-230.
(8) أخرجه الدار قطني: (2/4)، والبيهقي: (340/7)، وقالا: أنه مرسل.
(9) أخرجه مسلم في الطلاق، باب: تحريم طلاق الحائض: (1094/2)
(10) انظر: الإجماع: (ص: 100)، فتح الباري: (299/9).

فصل [4. في طلاق العبد وطلاق الحر للأمة]

وإنما قلنا: إن الاعتبار في الطلاق بالرجال، وإن طلاق العبد للحرة اثنتان، والحر للأمة ثلاثاً خلافا لأبي حنيفة في قوله: إن طلاق الحرة ثلاثاً كان زوجها حراً أو عبداً، وطلاق الأمة طلقتان إن كان زوجها حراً أو عبداً[1]؛ لأنه معنى ذو عدد يوجب أن يكون كماله ونقصانه معتبراً بمن يضاف إليه فعله، أصله العدة، ولأن الطلاق ملك للرجل وكمال الملك ونقصانه معتبراً بالمالك لا بغيره.

فصل [5. في تفريق الطلاق الثلاث]

لا خلاف في أن من فرق الطلاق الثلاث فإنه يلزمه ويدل عليه[2] قوله تعالى: ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ ﴾....إلى قوله: ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ ﴾[3] ، فأما إن أتى به[4] في كلمة واحدة فإنه عاص بذلك ويلزمه، وإنما قلنا: يلزمه[5] إن وقع خلافاً لمن منع إيقاعه جملة؛ لقوله تعالى: ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ .... ﴾ إلى قوله: ﴿ لَا تَدۡرِي لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحۡدِثُ بَعۡدَ ذَٰلِكَ أَمۡرًا ﴾[6]، فندبنا إلى طلاق يملك الرجعة فيه؛ لئلا يندم فلا يمكننا التلاقي، هذا يتضمن الوقوع، وحديث ركانة[7]: أنه طلق ألبتة فأحلفه رسول الله ﷺ على ما نوى[8]، فدلَّ على أن الثلاث تقع بالكلمة الواحدة، وحديث ابن عمر قلت: أرأيت يا رسول الله لو أني طلقتها ثلاثا، أكان يحل لي أن

---

(1) انظر: مختصر الطحاوى (ص: 218)، مختصر القدورى مع شرح الميداني: (3/48-49).
(2) انظر: الإجماع: (ص: 100-102)، فتح الباري: (9/299).
(3) سورة البقرة، الآية: 229-230.
(4) في (م): بها.
(5) انظر: المدونة: (2/67-78)، التفريع: (2/73)، الرسالة: (ص: 102)، الكافى: (ص: 262).
(6) سورة الطلاق الآية: 1.
(7) **ركانة**: ابن عبد يزيد بن هشام بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي، من مسلمة الفتح، ثم نزل بالمدينة، مات في أول خلافة معاوية (تقريب التهذيب ص: 210).
(8) أخرجه أبو داود في الطلاق، باب: في ألبتة: (2/655)، وابن ماجه في الطلاق، باب: طلاق البتة: (1/661)، والترمذي في الطلاق واللعان، باب: ما جاء في الرجل يطلق امرأته ألبتة: (3/471)، وقال غريب، وقال أبو داود: هذا حديث صحيح، والحاكم: (2/199)، وقال ابن عبد البر: ضعفوه.

أراجعها؟ قال: "كانت تبين منك، وتكون معصية"[1]، واعتباراً[2] بغير المدخول بها، ولأنه ملك أبيح إيقاعه مفترقاً فجاز مجتمعاً كإعتاق العبد.

فصل [6. في كون من طلق ثلاثاً عاصياً]

وإنما قلنا: إنه يكون عاصياً خلافاً للشافعي في قوله: إنّه مباح[3]؛ لقوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ....﴾ إلى قوله: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا﴾[4]، فندبنا إلى الطلاق الرجعي ليكون للمطلق سبيلاً إلى تلافي ندم إن وقع منه، ثم وصفه بما يقتضى الإثم فقال: ﴿وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ﴾[5]، فدل على ما قلنا، وفي حديث ابن عمر قال: أرأيت لو طلقها؟ قال: "إذن بانت منك وعصيت ربك"[6]، وروي عن محمود بن لبيد[7]، قال: أخبر رسول الله ﷺ عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعاً فقام غضبان ثم قال: "يلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم"[8]، ولأنه إجماع الصحابة، وروي عن عمر وعثمان وعليّ وابن عباس وابن عمر وابن مسعود وعمران بن حصين[9]، ولا مخالف عليهم فيه، ولأنه سبب يحرم البضع به فعله من غير حاجة، فكان ممنوعاً كالظهار ولا يدخل عليه الطلقة قبل الدخول ولا الثانية؛ لأن ذلك من حاجته.

---

(1) سبق تخريج الحديث قريباً.
(2) في (ق): اعتبرت.
(3) انظر: الأم: (180/5)، مختصر المزني (ص: 191-192)، الإقناع (ص: 148).
(4) سورة الطلاق الآية: 1.
(5) سورة الطلاق الآية: 1.
(6) سبق تخريج الحديث.
(7) محمود بن لبيد: بن عقبة بن رافع الأوسي الشهلي، أبو نعيم المدني، صحابي صغير، مات سنة ست وتسعين وله تسع وتسعون سنة (تقريب التهذيب ص: 522).
(8) أخرجه النسائي في الطلاق، باب: الثلاث المجموعة وما فيه من التغليظ: (116/6).
(9) أخرج هذه الآثار الموطأ: (550/2)، البيهقي: (332-33/7).

فصل [7. في كون لا رجعة في الطلاق الثلاث]

وإنما قلنا: لا رجعة في الطلاق الثلاث؛ لأنه لم يبق له من الطلاق شيء، فالرجعة هي ردها إلى النكاح، فلا يجوز أن يملك نكاحاً لا يملك الطلاق فيه، وإنما قلنا: لا يحل له العقد عليها حتى تنكح زوجاً غيره؛ لقوله تعالى ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ﴾[1]، وللإجماع على ذلك[2].

وإنما قلنا: إنما لا تحل بعقد ولا بملك لعموم الظاهر، ولأن الوطء بالملك تابع لعقد النكاح، إذ النكاح هو الأصل المقصود بالاستباحة، فإذا لم يجب بالنكاح لم يجب بالملك.

فصل [8. نكاح المحلل]

وإنما قلنا: إن نكاح المحلل لا يصح[3] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[4]، لقوله ﷺ: "لعن الله المحلل والمحلل له"[5]، وهذا يفيد حظره، ولأنه عقد معاوضة واقع على وجه يستحق عادة به اللعن، فوجب أن يكون فاسداً، أصله نكاح ذوات المحارم، وإذا ثبت أنه فاسد لم تحل للزوج الأول، وروى ابن عباس قال: سئُل رسول الله ﷺ عن المحلل فقال: "لا إلا نكاح رغبة، لا نكاح دلسة ولا استهزاء بكتاب الله عز وجل"[6]، وقوله ﷺ: "ألا أخبركم

---

(1) سورة البقرة، الآية: 230.
(2) انظر: الإجماع (ص: 102)، فتح الباري:(306/9).
(3) انظر: الموطأ: (531/2 - 532)، التفريع: (61/2 - 62)، الرسالة: (ص: 198)، الكافى: (238/2-239).
(4) انظر: مختصر القدورى مع شرح الميداني: (58/3)، الأم: (248/5-249).
(5) أخرجه النسائي في الطلاق، باب: إحلال المطلقة ثلاثاً وما فيه من التغليظ": (121/6)، والترمذي في النكاح، باب: ما جاء في المحلل له: (427/3)، وقال: حسن صحيح، وأحمد: (448/1).
(6) أخرجه الحاكم في المستدرك: (169/2)، وقال: على شرط الشيخين.

بالتيس؟" قالوا: بلى، قال: "هو المحلل"،[1] ولأنه إجماع الصحابة، وروي عن عمر وعثمان وعليّ وابن عمر وابن عباس ولا مخالف لهم[2].

فصل [9. في أن وطء الثاني شرط في عودها إلى الأول]

وإنما قلنا: إن وطء الثاني شرط في عودها إلى الأول؛ لقوله ﷺ للتي أرادت الرجوع إلى من طلقها ثلاثاً: "لا حتى تذوقي عسيلته"[3]، ولأن الغرض من ذلك عقوبته على ركوب المعصية وتعديه ما جعل له، وأن يعلم أنه متى لم يكن له سبيل إلى العود إلا على هذه الصفة وليس ذلك إلا في الوطء؛ لأن مجرد العقد لا عقوبة فيه.

فصل [10. وطء المطلقة ثلاثاً بالملك لا يحلها]

وإنما قلنا: إن وطأها بالملك لا يحلها للمطلق بملك ولا بعقد، خلافاً لمن أجازه[4]، لقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾[5]، فشرط في ذلك النكاح، ولقوله ﷺ: لا إلا نكاح رغبة[6]، ولأن الوطء بالملك أضعف.

فصل [11. منع التحليل بالوطء الواقع على الوجه المحظور]

وإنما قلنا: إن الوطء الواقع على وجه محظور لا يقع به التحليل خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[7]؛ لأنه شرط في إباحتها للأول لا يقوم غيره مقامه، فلم يقع الإباحة به متى فعل على وجه محرم في الشرع لحق الله تعالى، أصله العقد.

---

(1) أخرجه ابن ماجه في النكاح، باب: المحلل والمحلل: (633/1)، وفي إسناده مسرح بن هاعان يخطئ ويخالف.
(2) انظر: الموطأ: (531/2)، البيهقي: (7/208-209)، عبد الرزاق: (6/265-269).
(3) أخرجه البخاري في الطلاق: باب: من أجاز طلاق الثلاث: (164/6)، ومسلم في النكاح، باب: لا تحل المطلقة ثلاثاً لمطلقها حتى تنكح زوجاً غيره: (1055/2).
(4) جاء في المغنى: أنه يحتمل أن يصح النكاح إذا لم يقصد العبد التحليل (المغنى: 649/6).
(5) سورة البقرة، الآية: 230.
(6) سبق تخريج الحديث.
(7) انظر: مختصر القدورى مع شرح الميداني: (58/3)، الأم: (5/248-249).

فصل [12. التحليل بنكاح فاسد]

وإذا وطئها في نكاح فاسد لم تحل به خلافاً لشافعي في أحد قوليه[1]؛ لقوله تعالى[2]: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾[3]، وظاهر ذلك يفيد الصحيح، ولأنه وطء، ولم يصادف سبباً مبيحاً كالوطء بالشبهة، ولأن الوطء بالملك أقوى من الوطء في النكاح الفاسد؛ لأن الوطء بالملك مباح، وفي النكاح الفاسد محظور، وإذا لم تقع الإباحة به كانت بأن لا تقع بالفاسد أولى.

فصل [13. في أن الاعتبار في النكاح بقصد الناكح دون المطلقة]

وإنما قلنا: إن الاعتبار بقصد الناكح دونها؛ لأن العقد للناكح، وهي على استيفاء المنافع، فإذا لم يقصد هو الاستباحة لنفسه انتفى قصد الاستباحة لغيره، فقد قصد التحليل للأول لا غير، ولأن قصد[4] التحليل من غير من يملك الطلاق لا اعتبار به أصله الأجنبي.

---

(1) انظر: الأم: (249/5)، مختصر المزني (ص:197).

(2) في (م): عز وجل.

(3) سورة البقرة، الآية: 230.

(4) في: بقصده

باب: طلاق السنة وطلاق البدعة

والطلاق ضربان: طلاق السنة، وطلاق البدعة، وفائدة وصفنا له أنه طلاق سنة أنه أوقع على الوجه الذي ندب المشرع إيقاعه عليه، ويتعلق بذلك ضرب الثالث، وهو طلاق لا يوصف بأنه للسنة ولا للبدعة، وهو أن يكون جائزاً في كل الأحوال، فإذا ثبت هذا فالسنة والبدعة يرجعان إلى أمرين: على الوقت والعدة:

فأما الوقت فإن السنة فيه: أن تطلق المرأة التي تحيض في طهر لم تمس فيه، وألا يكون تالياً لحيض طلقت فيه، فأما العدد فأن يطلق واحدة ثم يتركها تمضي في العدة ثم لا يتبعها طلاقاً، ومتى انخرم من هذه الأوصاف شيء كان للبدعة دون السنة، فإن طلقها حائضاً أو نفساء، أو في طهر قد مس فيه ثلاثاً أو اثنتين في كلمة واحدة، أو مفترقاً قاصداً ذلك في ابتدائه أن يفرقه على عدد أقرائها، فكل ذلك للبدعة.

وطلاق الحائض والنفساء محرم ويلزم إن وقع، فإن كان رجعياً أجبر على الارتجاع، وإمساكها إلى أن تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء طلق، ولا يطلق في الطهر المتعقب للحيض الذي طلق فيه، فإن فعل نفذ ولم يجبر على الارتجاع إن لم يرتجع حتى طهرت من الحيض المطلق فيه أجبر إلى أن تنقضي العدة عند ابن القاسم، ويقطع الإجبار عند أشهب لمجيء الطهر الثاني الذي أبيح الطلاق فيه، ويؤمر بالارتجاع إن طلق في طهر قد مس فيه ولا يجبر عليه، فأما الذي لا يوصف بأنه سنة ولا بدعة فطلاق الصغيرة واليائسة؛

لأنه مباح إيقاعه أي وقت شاء، وهذا إذا رجع به إلى الوقت، فأما إن رجع به إلى العدد فلا تنفك مطلقة من أن يكون طلاقها لأحد الأمرين.

وفي طلاق غير المدخول بها حائضاً روايتان: الجواز والمنع، فعلى رواية المنع يوصف طلاقها في الطهر بأنه للسنة، ولا يوصف بذلك على رواية الجواز؛ لأن الأوقات تتساوى فيه كالصغيرة واليائسة، وتطلق الحامل أي وقت شاء، وتلحق بالضرب الثالث، ويخرج في طلاقها حال حيضها روايتان بناء على التي لم يدخل بها[1].

فصل [1. طلاق السنة يكون في طهر]

وإنما شرطنا في كونه للسنة أن يكون في طهر؛ لقوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[2]، فندب تعالى إلى أن يوقع الطلاق في حال تعتد فيها وذلك حال الطهر، وفي حديث ابن عمر أنه طلق امرأته حائضاً فذكر عمر لرسول الله ﷺ فقال: "مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء طلق، وإن شاء أمسك، فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء"[3]، فأخبر أنها حال الطهر، ولأن طلاق الحائض محرم بإجماع[4]، وما كان محرما لا يكون للسنة.

فصل [2. في الطهر الذي لم يمسها فيه]

وإنما شرطنا أن يكون الطهر لم يمس فيه، لقوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[5] "وقرأها ابن عمر: "لقبل عدتهن"[6]، وفي حديث ابن

---

(1) في جملة هذه الأحكام انظر: المدونة: (2/66-70)، التفريع: (2/73-75)، الرسالة: (ص: 201-202)، الكافي: (ص: 262-264).
(2) سورة الطلاق، الآية: 1.
(3) سبق تخريج الحديث.
(4) انظر: المحلى: (11/449)، فتح الباري: (9/289)، شرح مسلم: (6/247).
(5) سورة الطلاق، الآية: 1.
(6) روي ذلك عن ابن عباس، تفسير الطبري: (18/129).

عمر: "ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك، وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء"[1]، ولأنه إذا وطئها في ذلك ثم طلقها ألبس عليها في العدة؛ لأنها قد تحمل فتعتد بالوضع، وقد لا تحمل فتعتد بالأقراء فكره له ذلك، ولأنها قد تحمل فيلحقه[2] الندم.

فصل [3. طلاق السنة لا يكون في الطهر التالي للحيضة]

وإنما شرطنا أن يكون في طهر ثان دون الطهر التالي للحيضة التي طلقت فيها؛ لقوله ﷺ: "مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء طلق، وإن شاء أمسك"[3]، ولأنا لما أجبرناه على الارتجاع نظراً لها وجب[4] أن ينظر له أيضاً بأن يكون له حظ في الرجعة من الاستمتاع، فإذا حصل منه الاستمتاع في الطهر التالي للحيض لم يطلق فيه على ما بيناه ثم يتعقبه الحيض، فإذا طهرت منه جاز لها الطلاق.

فصل [4. بدعة الجمع بين ثلاثة تطليقات]

وإنما شرطنا أن يطلق واحدة؛ لأن الجمع بين ثلاث تطليقات، أو اثنتين بدعة على ما بيناه، وإنما منعنا أن يتبعها طلاقاً آخر في العدة أو يقصد تفريقه على الإقراء، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن طلاق السنة أن يطلق ثلاثاً متفرقاً في كل قرء طلقة[5]؛ لقوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[6]، وهذا طلاق لا يوجب عدة فكان ممنوعا، ولأن كل طلاق لا يوجب عدة في المدخول بها، فإنه للبدعة أصله إذا أتى به قبل مجيء القرء الثاني، ولأنه مطلق ثلاثاً من غير حاجة كالذي يطلق ثلاثاً في كلمة واحدة.

---

(1) سبق تخريج الحديث.
(2) في (ق): يليها.
(3) سبق تخريج الحديث.
(4) في (م): رغب.
(5) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 192-194)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (3/38-39).
(6) سورة الطلاق، الآية:1.

فصل [5. في تحريم طلاق الحائض]

وإنما قلنا: إن طلاق الحائض محرم؛ لقوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[1]، وحال الحيض ليست حال عدة ولا طلاق للموقع فيه باتفاق، ولقوله ﷺ في حديث ابن عمر لما طلق امرأته: "مره فليراجعها حتى تطهر، ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء طلق، وإن شاء أمسك فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء"[2]، فأمر بارتجاعها على طريق العقوبة، وأخبر بأن حال الطهر هي حال العدة التي أمر بالطلاق فيها، ولأن فيه تطويلاً على المرأة في العدة وأذية لها، ولا خلاف في ذلك.

فصل [6. لزوم طلاق البدعة]

وإنما قلنا: إنه محرم ويلزم إن وقع رجعياً كان أو بائناً خلافاً لمن قال: إنه لا ينفذ[3]؛ لقوله ﷺ لعمر رضي الله عنه: "مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد ذلك[4]، وإن شاء طلق، فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء"[5]، وفي حديث آخر: "أفتعتد بها"؟ قال: "نعم"، وإن ابن عمر قال: يا رسول الله ﷺ: "أرأيت لو طلقتها ثلاثاً؟ قال: إذن بانت منك وعصيت ربك"[6]، (وفي هذه الأخبار أدلة: أحدها: الأمر بالمراجعة ولا تكون إلا مع نفوذ الطلاق ووقوعه، والثاني: قوله أفتعتد بها؟ قال: نعم، والثالث: قول ابن عمر: أرأيت لو طلقتها ثلاثاً؟ يعني في الحيض قال: إذاً بانت منك وعصيت ربك)[7]، وهذا نص، ولأنها حال زوجية

---

(1) سورة الطلاق، الآية:1.
(2) سبق تخريج الحديث.
(3) لم يخالف في وقوعه ونفوذه إلا أهل البدع والضلال وحكاه أبو نصر عن ابن علية وهشام بن الحكم والشيعة (انظر المغنى: 100/7).
(4) بعد ذلك: سقطت من (م).
(5) سبق تخريج الحديث.
(6) سبق تخريج الحديث.
(7) ما بين قوسين سقط من (ق).

كالطهر، ولأنه إزالة ملك بُني على التغليب والسراية فلم يختص وقوعه بزمان دون زمان كالعتق، ولأنها حال منع الطلاق فيها لحق المرأة فلم يمنع ذلك نفوذه إذا وقع كالطهر الذي مس فيه[1].

فصل [7. إجبار المطلق على الارتجاع]

وإنما قلنا: إنه كان رجعياً أجبر على الارتجاع خلافاً للشافعي وأبي حنيفة[2]؛ لقوله ﷺ: "مره فليراجعها حتى تطهر"[3]، وهذا على وجوبه، ولأنه لما طوّل عليها وأضر بها مع نهيه عن ذلك عوقب بالإجبار على الرجعة وردها إلى حال الزوجية؛ ليزول الضرر عنها.

فصل [8. في عدم إجبار المطلق في طهر قد مس فيه على الرجعة]

وإنما قلنا: إن المطلق في طهر قد مس فيه لا يجبر على الرجعة؛ لأنه مطلق للعدة فلا يوجد فيه التطويل على المرأة، كما يوجد فيمن طلق حال الحيض.

فصل [9. في وجه قول ابن القاسم على أنه يجبر على الارتجاع]

ووجه قول ابن القاسم: إنه إذا لم يراجع حتى طهرت من الحيض[4] الثاني بعد الذي طلقت فيه أنه يجبر على الارتجاع، ما بقيت العدة، قوله ﷺ: "مره فليراجعها"[5] فأطلق، ولمن يقيد، ولأن العدة باقية، أصله ما لم تطهر الطهر الثاني.

ووجه قول أشهب: إنما قد صارت إلى حال لو أراد ابتداء إيقاع الطلاق فيها لكان ذلك له فلا معنى للإجبار على الارتجاع مع إباحة الطلاق.

---

(1) في (ق): الذي ليس فيه.
(2) مختصر الطحاوي (ص: 196)، الأم: (181/5)، مختصر المزني (ص: 191).
(3) سبق تخريج الحديث.
(4) في (م): في حال الحيض.
(5) سبق تخريج الحديث.

فصل [10. طلاق الصغيرة واليائسة أي وقت شاء]

وإنما قلنا: إنه يطلق الصغيرة واليائسة أي وقت شاء؛ لأن أوقاتهما متساوية فيُؤمن فيهما ما يخاف على الحائض والنفساء والطهر الذي قد مس فيه؛ لأنهما إن كانت مدخولاً بهما، فقد قال تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[1]، وهذا طلاق للعدة، وإن كانت غير مدخول بهما فقد قال تعالى[2]: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ﴾[3] فأطلق، ولأنه ليس في ذلك تطويل في عدة ولا إلباس فجاز في كل وقت.

فصل [11. هل يوصف طلاق الصغيرة واليائسة بأنه للسنة أو للبدعة]

وإنما قلنا: إن طلاقهما لا يوصف بأنه للسنة ولا للبدعة من حيث الوقت؛ لأن الوصف بذلك يتضمن كون المطلقة ممن يتأتى فيها الأمران، فيقع كل واحد منهما بدلاً من صاحبه.

فأما من لا تختلف الأوقات عليها فلا حال لها للسنة ولا للبدعة، فأما من حيث العدد فإنه يصح فيه؛ لأنه إن طلق[4] واحدة كان للسنة، وإن جمع بين ثلاث أو اثنتين كان للبدعة على ما بيناه.

فصل [12. في طلاق غير مدخول بها حائضاً]

ووجه القول بأن طلاق غير مدخول بها حائضاً جائز أنها حال لا يلحقها ضرر بالطلاق فيها، فجاز ذلك اعتباراً بحال الطهر، ووجه المنع أنه طلاق في الحيض فأشبه طلاق المدخول بها.

---

(1) سورة الطلاق، الآية: 1.
(2) تعالى: سقطت من (ق).
(3) سورة البقرة، الآية: 236.
(4) في (م): إذا طلق.

فصل [13. في طلاق الحامل والمستحاضة أي وقت شاء]

وإنما قلنا: يطلق الحامل أي وقت شاء؛ لقوله ﷺ: "أو حاملاً قد استبان حملها"[1] فأطلق، ولأنها معتدة في الحال؛ لأن عدتها وضع الحمل، والتخريج في طلاقها حال حيضتها على ما ذكرناه، ويطلق المستحاضة أي وقت شاء؛ لأنها مطلقة للعدة في طهر لم تمس فيه كالتي ليست بمستحاضة، وعدتها سنة إذا لم تميز، لأن الاستحاضة ريبة، فإن تحققت التمييز بين الوقتين اعتدت بالأقراء.

(1) أخرجه مسلم في الطلاق، باب: تحريم طلاق الحائض: (1095/2).

باب: طلاق الصغير والمجنون وغيرهما

ولا طلاق لمن لم يبلغ الحلم ولا لمجنون حال جنونه[1]؛ لقوله ﷺ: "رفع القلم عن ثلاث: فذكر الصبي حتى يحتلم[2]، والمجنون حتى يفيق[3]"، ولأنه إزالة الملك كالعتق، ولأنه لا يصح نكاحه فلم يصح طلاقه اعتباراً لأحد الطرفين بالآخر.

فصل [1. طلاق السكران]

طلاق السكران لازم[4] خلافاً لمن ذهب إلى نفيه[5]؛ لأن أحكام التكليف المتعلقة بالتغليظ جارية عليه كالقود إذا قتل، والحد إذا زنى أو قذف، ووجوب قضاء الصلاة فكذلك الطلاق، ولأن كل من يحد إذا أوجد لفظ القذف منه، فإنه إذا طلق نفذ طلاقه كالصاحي، ولأنه حال لا تمنع حد القذف فلم تمنع نفاذ الطلاق كحال الصحو، ولأن كل حال يلزمه قضاء الصلوات المتروكة وحد القذف فيها لزمه الطلاق الموقع فيها، أصله الصحو[6].

---

(1) انظر: المدونة: (127/2)، التفريع: (75/2)، الرسالة (ص: 204)، الكافي (ص: 262).
(2) في (م): حتى يبلغ.
(3) سبق تخريج الحديث.
(4) انظر: المدونة: (127/2-129)، التفريع: (75/2)، الكافي ص: 262.
(5) وهو قول عثمان -رضي الله عنه- ومذهب عمر بن عبد العزيز، والقاسم، وطاووس، وربيعة، ويحيى، الأنصاري، والليث، والعنبري، وإسحاق، وأبو ثور، والمزني، وأحد قولي أحمد (المغنى: 115/7)
(6) في (ق): الصحة.

فصل [2. طلاق المكره]

طلاق المكره غير واقع[1] خلافاً لأبي حنيفة[2]؛ لقوله ﷺ: "رفع عن أمتي الخطأ والنسيان، وما استكرهوا عليه"[3]، وقوله ﷺ: "لا طلاق في إغلاق"[4]، قال أبو عبيد[5]: هو الإكراه، واعتباراً به إذا أكره على الإقرار بالطلاق بعلة أنه لفظ لو عرى من الإكراه لزم به الطلاق فلم يلزم مع الإكراه، ولأن كل حال لم يثبت معها حكم الإقرار بالطلاق لم يثبت معها حكم الإيقاع كالجنون والصغر.

فصل [3. في طلاق النائم والمبرسم والمريض والهاذي]

طلاق النائم والمبرسم[6] والهاذي في غمرة المرض لا يلزم؛ لأنهم في معنى المغلوب بالجنون[7].

فصل [4. من تزوج ونسى وحلف بالطلاق]

ومن تزوّج ثم نسى فحلف بالطلاق فحنث، فإن الطلاق يلزمه لأنه طلاق من مكلف صادف زوجية، فوجب نفوذه أصله العمد[8].

فصل [5. في عقد الطلاق قبل الزواج]

عقد الطلاق قبل الزواج على ضربين: إن بقى معه ما لا يسد على نفسه طريق الإباحة[9] به صح ولزم ذلك نحو أن يعين بلداً بعينه أو قبيلة بعينها أو

---

(1) انظر: المدونة: (129/2)، التفريع: (75/2)، الكافي (ص: 262).
(2) انظر: مختصر الطحاوي: (ص: 191)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (45/3).
(3) سبق تخريج الحديث.
(4) أخرجه أبو داود في الطلاق، باب: الطلاق على غيظ: (642/2)، وابن ماجه في الطلاق، باب: طلاق المكره والناسي: (660/1)، والحاكم: (168/2)، وقال: على شرط مسلم.
(5) انظر: غريب الحديث – لأبي عبيد.
(6) المبرسم: هو الرجل إذا أخذ البرسام -بالكسر- وهو داء معروف، وقيل: إنه ورم حار يعرض للحجاب الذي بين الكبد والمعي ثم يتصل بالدماغ (المصباح المنير ص: 42، المغرب ص: 42).
(7) انظر: المدونة: (127/2-129)، التفريع: (75/2)، الكافي (ص: 262).
(8) انظر: المراجع السابقة.
(9) في (م): الاستباحة.

امرأة بعينها أو نوعاً من النساء معيناً أو صفة مخصوصة منهن مثل أن يقول: كل امرأة يتزوجها من العراق أو من العجم، أو كل بكر أو كل سوداء أو كل من لها ولد أو ما أشبه ذلك، وكذلك إن عم أو خص أجلاً بعينه يبلغه عمره كالسنة وفي السنتين على حسب عمره وقت اليمين، فإن لم يبق لنفسه شيئاً، بل عم وسد طريق الإباحة بهذا النوع جملة لم ينفذ طلاقه ولم ينعقد يمينه، وكان له أن ينكح من غير حنث يلزمه[1].

فصل [6. في لزوم الطلاق مع التعيين]

وإنما قلنا: إذا عين يلزمه خلافاً للشافعي[2] في قوله: لا يلزمه على كل وجه[3]؛ لقوله تعالى: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾[4]، ولأنه أضاف الطلاق إلى حال يملك فيها ابتداء إيقاعه، فصح ذلك اعتباراً به إذا أضافه حال الملك، مثل أن يقول لزوجته: إذا دخلت الدار فأنت طالق؛ ولأنه معنى يصح مع الجهل والغرور، فجاز عقده بشريطة ملكه في ثاني حال أصله الوصية والنذر.

فصل [7. لا يلزم الطلاق إذا عمم]

وإنما قلنا: لا يلزم إذا عم خلافاً لأبي حنيفة[5]؛ لقوله عزَّ وجلَّ: ﴿لَا تُحَرِّمُواْ طَيِّبَٰتِ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكُمۡ﴾[6]؛ ولأنه سد على نفسه طريق استباحة البضع فوجب أن يلزمه؛ لأن في ذلك تعريض نفسه للزنا وما أدى إلى ذلك فهو ممنوع[7]، أصله عدم الحر لمهر الحرة أنه يجوز معه نكاح الأَمَة؛ لأنه لو لم يجز ذلك لأدى إلى التعرض للزنا كذلك في مسألتنا.

---

(1) انظر: المدونة: (2/126-127)، التفريع: (2/83-86)، الكافي (ص: 266-267).
(2) انظر: الأم: (3/183-184)، مختصر المزني ص: (191-193)، الإقناع (ص: 151).
(3) في (م): على كل حال.
(4) سورة المائدة، الآية: 1.
(5) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 198-199)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (3/38).
(6) سورة المائدة، الآية: 87.
(7) في (م): فموضوع.

فصل [8. إذا قال: إن تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها]

إذا قال: إن تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها ودخل بها فلها المهر المسمى لا زيادة عليه[1]، وقال أبو حنيفة: لها مهر ونصف[2]، وإنما قلنا ذلك؛ لأنه لا يخلو أن يكون بهذا الوطء زانياً أو واطئاً بشبهة العقد الأول، ولا يجوز أن يكون زانياً؛ لأنه كان يجب أن يكون عليه الحد وليس ذلك بقول أحد، ولأن الحد والمهر لا يجتمعان عندهم، وإن كان واطئاً بشبهة العقد الأول لم يلزمه إلا مهر واحد اعتباراً بسائر الأنكحة الفاسدة إذا وطء فيها.

فصل [9. تعليق الطلاق بصفة]

إذا علق الطلاق بصفة لم يقع إلا بوقوعها[3] كقوله: إذا دخلت الدار أو كلمت زيداً أو لبست هذا الثوب أو ما أشبه ذلك مما يمكن أن يقع أو أن لا يقع إن علقه بأجل تنجز[4] في الحال وحصر هذا الباب: أن ما تعلق الطلاق بوقوعه على ثلاث أضرب: منه ما يجوز أن يقع أو يجوز أن لا يقع ولا يغلب فيه[5] على أحد الأمرين كدخول الدار أو قدوم زيد، فهذا يقف طلاقه على حصوله من غير خلاف[6].

ومنه ما لابد من وقوعه كمجيئ الشهر والسنة، وهذا يتنجز عندنا[7] خلافاً للشافعي ولأبي حنيفة [8]؛ لأن تأجيله يقتضى توقيت استباحة الوطء بمدة يحرم عند مجيئها، وذلك غير جائز اعتباراً بنكاح المتعة.

---

(1) انظر: التفريع: (109/2)، الكافي ص: (266-267).
(2) انظر: مختصر الطحاوي: (ص: 203)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (46/3).
(3) في (ر): ببلوغه.
(4) في (ر): فينجز.
(5) فيه: سقطت من (ق).
(6) انظر: بداية المجتهد: (46/7-47)، المغنى: (186/7).
(7) انظر: التفريع: (83/2-84)، الكافي (ص: 266-267).
(8) انظر: مختصر الطحاوى (ص: 198-199)، الأم: (184/5).

ومنه ما يغلب فيه الوقوع ويمكن أن يقع كتعليق الطلاق بوضع الحمل ومجيء الحيض والطهر، فهذا النوع فيه روايتان[1]: إحداهما تنجز الطلاق الموقع فيه، والأخرى تأجيله، فوجه التنجيز اعتبار الغالب بالمتحقق؛ لأن ذلك غالب الأصول كمنع المريض من أكثر من ثلث ماله إذا كان الغالب من مرضه الخوف وما أشبهه من نظائره، وكذلك الاستثقال في النوم إذا كان الغالب منه خروج الحدث أجرى مجرى التحقيق[2]، ووجه التأجيل اعتباره بما يمكن أن يكون، ويمكن أن لا يكون كدخول الدار وكلام زيد.

فصل [10. في تعليق الطلاق بالمشيئة]

تعليق الطلاق بالمشيئة على ثلاثة أضرب[3]: منه تعليق بمشيئة الله تعالى، فهذا لا ينفي وقوع الطلاق ولا يؤثر فيه أصلاً على أي وجه كان من إرادة الشرط به أو الاستثناء، ومنه تعليق بمشيئة من يصح منه مشيئته ويتوصل إليها كزيد وعمرو، ومشيئة المطلقة نفسها، وهذا يقع على وجود المشيئة المعلق بها، وفيه تعليق الطلاق بمن لا مشيئة له أولا حكم بمشيئه كالحجر والجمادات أو الصبي والمجنون وغيره، فيه خلافاً قيل: يلزمه الطلاق، وقيل: لا يلزمه والصبي والمجنون يخرجان عن هذا.

فصل [11. في عدم تأثير قوله: إن شاء الله في الطلاق]

وإنما قولنا: إن شاء الله لا يؤثر في رفع الطلاق خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[4]؛ لأنه لو أثر في ذلك لم يخل أن يكون تأثيره من حيث الشرط أو الاستثناء، فإن كان من حيث الشرط فلا يصح؛ لأنه لا يخلو أن يكون لنا سبيل إلى العلم بحصوله أو لا سبيل لنا إلى ذلك، فإن كان لنا سبيل إلى

---

(1) انظر: المدونة: (2/116-119)، التفريع: (6/84)، الكافي (ص: 266).
(2) في (م): المحقق.
(3) انظر: المدونة: (2/122)، التفريع: (2/81)، الكافي (ص: 268).
(4) انظر: مختصر الطحاوي ص(199)، مختصر المزني ص: (194).

ذلك، وقف الأمر عليه وليس هذا مذهبهم؛ لأنهم لا يترقبون شيئاً ويقطعون بانتفاء الطلاق، ولأنه لا شيء يترقب، وإن كان لا سبيل لنا إلى العلم به فتعليق[1] الطلاق به هزل وعبث كقوله: أنت طالق إن كان الله[2] قد خلق اليوم في قعر البحر القلزم[3] حوتاً طوله كذا وكذا ذراعاً وغير ذلك مما لا سبيل إلى العلم به، وقد قال ﷺ: "ثلاث هزلهن جد وجدهن جد: فذكر الطلاق"[4]، وإن كان من حيث الاستثناء فلا يصح أيضاً؛ لأن الاستثناء إنما يدخل على مستقبل الأفعال دون ماضيها وقوله: أنت طالق إيجاب في إيقاع[5] فلا مجال للاستثناء فيه لأن الاستثناء معنى يحل اليمين المنعقدة كالكفارة، وقد ثبت أنه لا مدخل للكفارة في الطلاق فكذلك الاستثناء، ولأن الكفارة أقوى لأنها تؤثر متصلة ومنفصلة والاستثناء لا يؤثر إلا متصلاً، فإذا لم تعمل الكفارة في الطلاق فالاستثناء أولى، ولأنه استثناء في طلاق يرفع جميعه في الحال والمآل، فوجب أن لا تعمل فيه كما لو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً.

فصل [12. إذا استثنى عدداً من الطلاق]

إذا استثنى عدداً من الطلاق فإن بقي منه شيء صح استثناؤه كقوله: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة أو إلا اثنتين؛ لأنه في الأول يطلق اثنتين وفي الثانية يطلق واحدة ولا فرق بين استثناء قليل من كثير أو قليل، وإن لم يبق شيئاً لم يصح وكان رجوعاً لا استثناء كقوله واحدة، أو إلا واحدة، أو اثنتين

---

(1) في (م): فتعلق.
(2) في (ق): إن شاء الله.
(3) البحر القلزم: المكان الذي غرق فيه فرعون وآله وهو ما يعرف اليوم بالبحر الأحمر (معجم البلدان: (387/4).
(4) أخرجه أبو داود في الطلاق، باب: في الطلاق على الهزل: (643/2)، وابن ماجه في الطلاق، باب: من طلق أو نكح: (658/1)، والترمذي في الطلاق ، باب: ما جاء في الجد والهزل في الطلاق: (490/3)، وقال: حديث حسن غريب، وقال الحاكم: صحيح الإسناد: (198/2).
(5) في (ق) و (ر): إيجاب وإيقاع.

إلا اثنتين أو ثلاثاً إلا ثلاثاً، فإن قال: طالق أربعاً إلا ثلاثاً (لم يصح وكان رجوعاً وطلقت ثلاثاً؛ لأن ما زاد على الثلاث لغو كأنه قال: ثلاثاً فيرد استثناء)[1] ثلاث على ثلاث فلا يصح[2].

فصل [13. في الاشتراط بمشيئة زيد]

وإنما قلنا: إن الاشتراط بمشيئة زيد يصح ممن تصح مشيئته ويتوصل إلى العلم بها فكان كسائر الشروط كقوله: إن دخلت الدار وما أشبه.

فصل [14. القول في لزوم الطلاق في الحجر وغيره]

ووجه القول في الحجر وغيره: إن الطلاق يلزمه أنه هزل، ووجه نفي اللزوم عدم الشرط الذي علق الطلاق به، والأول أصح.

فصل [15. صريح الطلاق وكناياته]

الطلاق يقع بالنطق وبعمل الجارحة، وإن لم يقارنه نطق، وفي وقوعه بمجرد عقد القلب خلاف[3]، فأما النطق فضربان صريح وكناية.

فالصريح: ما تضمن لفظ الطلاق على أي وجه كان كقوله:[4] أنت طالق، وأنت الطلاق، وأنت مطلقة، وقد طلقتك والطلاق بها لزم، وقد أوقعت عليك الطلاق، وأنا طالق منك وما أشبه ذلك مما ينطق فيه بالطلاق، وكل هذا صريح، فإن قرنه بذكر عدد وقع من العدد ما قرنه به واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً كذلك إن نواه به ولم ينطق به، وإن أطلق فقال: أنت طالق أنت طالق[5] أو مطلقة، وقال: لم أرد شيئاً، فالظاهر واحدة إلا أن يريد الثلاث.

---

(1) ما بين قوسين سقط من (م).
(2) في جملة هذه الأحكام انظر: المدونة: (2/121-122)، التفريع: (2/75)، الكافي: (ص: 268).
(3) انظر: التفريع: (2/78)، الكافي ص: 265..
(4) في (م): مثل قوله.
(5) أنت طالق: سقطت من (م).

والكناية ضربان: كنايات ظاهرة وكنايات مجملة[1] غير ظاهرة، فالظاهرة هي ما جرى العرف بأن يطلق بها في اللغة والشرع مثل قوله: أنت خلية أو برية وبائن وبتة وبتله حبلك على غاربك، وأنت حرام وأنت عليّة كالميتة والدم ولحم الخنزير، وكذلك الفراق والسراح واعتدى، هذه الألفاظ إذا وردت على المدخول بها ابتداء أو عند سؤالها الطلاق كانت طلاقاً ثلاثاً ولا يقبل منه أنه لم يرد بها طلاق ولا أنه أراد ما دون الثلاث إلا في قوله: اعتدى إلا أن يكون على وجه الخلع فيقبل منه ما يدعيه من الطلاق أو يدعي أنه لم يرد طلاقاً أصلاً، وقد تقدمها كلام يصلح أن يكون جواباً عنه على ما ادعاه، نحو أن يكون قد حبسها في دين له عليها فتسأله التخلية من حبسها فيقول: أنك مخلاة أو قد خليتك، وكذلك إذا دفع إليها دنانير وقال: اعتدى وأراد الدنانير فيقبل منه، وكذلك لو قرن[2] الصريح بما يفيد هذا المثل أن تكون موثقة قدم[3] أو قيد فتقول: أنت طالق يريد من الوثاق فيقبل منه، فأما إن وردت هذه الألفاظ على غير مدخول بها، فإن قال: لم أرد بها شيئاً، فالظاهر أنها ثلاث، فإن ادعى في غير ألبتة أنه أراد دون الثلاث قبل منه، وفي ألبتة خلاف عنه، وكذلك في الفراق والتخلية في المدخول بها.

فأما الكنايات المحتملة فمثل قوله: اذهبي وانصرفي واخرجي واغربي، فهذا يقبل منه ما يدعيه أنه أراد به من طلاق وغيره من قليل العدد وكثيره، وضرب ثالث من النطق وهو ما[4] ليس من ألفاظ الطلاق ولا محتملاته مثل قوله: اسقني ماءاً وما أشبه ذلك، فإذا ادعى أنه أراد به الطلاق فقيل: يكون طلاقاً، وقيل: لا يكون طلاقاً.

---

(1) في (ر): محتملة.
(2) في (ر): فرق.
(3) قدم: سقطت من (ق) و(ر).
(4) ما: سقطت من (م).

وأما العمل بالجارحة فنحو أن تسأله الطلاق، فيشير إشارة يفهم منها إصابته إلى سؤالها، فإذا قال: أردت الطلاق قُبل منه، وكذلك إذا كتب الطلاق بيده وأراد به الطلاق كان طلاقاً، وإن لم يرد به الطلاق، وقال: أردت أن أنظر وأفكر، فذلك له ما لم ينفذ الكتاب[1]، فأما عقد الطلاق وإيقاعه بالقلب مجرداً من غير أن يقارنه بعض[2] ذلك، ففيه روايتان: إحداهما وقوعه، والأخرى إلا أن ينضم إليه لفظ وما في معناه[3].

فصل [16. فيما تضمن لفظ الطلاق]

وإنما قلنا: إن كل ما تضمن لفظ الطلاق كان صريحاً؛ لأن كل ما يراد به الطلاق من سائر الألفاظ التي يطلق بها، فهي عبارة عنه وكناية وليس الطلاق كناية عنها ألا ترى أنه إذا قيل له: ما الذي أردت بقولك: أنت خلية وبرية وبائن وحرام صح[4] أن يقول: عبرت به عن الطلاق، ولا يصح أن يقال: ما الذي أردت بقولك: أنت طالق، فيقول: أردت أنها خلية وبرية وبائن؛ لأن ذلك عكس ونقض الأصول.

فصل [17. في الكناية الظاهرة]

وإنما قلنا في الكناية الظاهرة: إنه إذا قال: لم أرد به الطلاق لم يقبل منه[5] خلافاً للشافعي[6]؛ لأن عرف الشارع جاز بأن النساء[7] يطلقون بها ابتداء أو جواباً عن مسألة الطلاق، فلا يصدق فيما ينفيه العرف.

---

(1) في (ق): الطلاق.
(2) في (و): في.
(3) في جملة أحكام الطلاق الصريح والكناية وأقسامها انظر: الموطأ: (6/550-552)، التفريع: (2/74)، الرسالة: (ص: 202)، الكافي: (ص: 264-265).
(4) في (م): صلح.
(5) وهذا على المشهور في المذهب (انظر الفواكه الدواني: 2/37)
(6) انظر مختصر المزني ص:(192-193)، الإقناع ص: 146.
(7) في (م): الناس.

وإنما قلنا: إنه لا يقبل منه أنه أراد دون الثلاث في المدخول بها خلافاً للشافعي[1]، لأن قوله: أنت حرام وبائن وبتة وبتلة وبرية إيقاع الطلاق بهذه الألفاظ كأنه قال: أنت طالق طلاقاً تحرمين به عليّ وتبينين به عنى[2] وتنبت العصمة به بيني وبينك وأخلوا به من زوجتك ويبرأ أحدنا من الآخر، وهذا لا يكون في المدخول بها إلا ثلاثاً إلا على وجه الخلع، فإذا قال في غير الخلع: أردت به ما دون الثلاث كان كما لو قال: أنت طالق ثلاثاً، وقال: أردت واحدة؛ لأن الرجوع في الصفة كالرجوع في العدد، وكذلك قلنا في غير المدخول بها أنه يقبل منه لأنه يصح منه هذه المعاني لما دون الثلاث، وإن لم ينو ذلك، فالظاهر هو الثلاث في الجميع على ما بيناه لأنها ألفاظ مبنية للمبالغة في الفرقة.

فصل [18. في قوله: البتة]

ووجه قوله في البتة: إنه يقبل منه إرادته ما دون الثلاث في التي لم يدخل بها فلأن المعنى يحصل فيها وهو انبتات العصمة، ووجه القول: إنه لا يقبل منه؛ لأن ألبتة كناية عن الطلاق[3] الثلاث فلا ينتفى بإرادته ما دونه.

فصل [19. في قوله: أنا منك طالق]

وإنما قلنا: إن قوله: أنا منك طالق يكون خلافاً لأبي حنيفة [4]؛ لأن كل لفظ إذا استعمل في الطلاق مضافاً إلى الزوجة كان طلاقاً، فكذلك إذا أضافه الزوج إلى نفسه أصله قوله: أنا منك بائن وأنا عليك حرام.

---

(1) انظر مختصر المزني ص: (192)، الإقناع ص: (146).
(2) في (ق): علىّ.
(3) الطلاق: سقطت من (م).
(4) انظر: تحفة الفقهاء: (1/188-189).

فصل [20. إذا قال: أنت طالق وأراد به ثلاثاً]

قال: أنت طالق وأراد ثلاثاً، فإنه يكون ثلاثاً خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إنها تكون واحدة[1]؛ لقوله ﷺ: "وإنما لكل امرئ ما نوى"[2]، ولأن قوله أنت طالق صيغة[3] محتملة للعدد قابلة له، واللفظ المحتمل للشيء إذا نوى به ما يحتمله كان كما نوى به اعتباراً بقوله: أنت الطلاق ويبين احتماله للعدد أنه لو صرح به فيه لصح ولا يجوز أن يفسره بما لا يحتمله، ولأن كل لفظ بالطلاق لو صرح فيه[4] بالثلاث لصح استعماله فيه، فكذلك إذا أريد به أصله أنت بائن وأنت الطلاق.

فصل [21. في قوله: اعتدى]

وإنما جعلنا قوله: اعتدي ابتداء أنها[5] من الكنايات الظاهرة خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لو قال: أردت الطلاق لم يقبل منه[6]؛ لأنه الظاهر أنه كناية عن الطلاق وأمر بالاعتداد منه لأنه لو لم يكن كذلك لم يكن بد من أحد أمرين: إما أن يكون مصروفاً إلى غيره، وذلك مفتقد[7] إلى شاهد حال أو سبب يدل عليه، أو يسقط فلا يكون له حكم، وذلك لا سبيل إليه في ألفاظ العقلاء التي لها مقاصد تصلح أن تراد بها فلم يبق إلا ما قلناه.

فصل [22. الكنايات يقارنها شاهد حال]

وإنما قلنا: إن هذه الكنايات إذا قارنها شاهد حال يدل على أنه أراد بها ما يدعيه قبل قوله فيها؛ لأن العرف يشهد له حينئذ فليس في دعوى

---

(1) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 197)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (41/3).
(2) سبق تخريج الحديث.
(3) في (م): صفة.
(4) في (م): نفيه.
(5) ابتداء أنها: سقطت من (م).
(6) انظر: مختصر الطحاوي ص: (195)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (3/41-42).
(7) في (م): مفتقر.

تكذيب له؛ لأن الصريح أقوى من الكناية ولو ادعى في الصريح خلاف موضوعه في الشرع وهناك شاهد حال يصدقه قبلت دعواه فالكناية أولى.

فصل [23. الألفاظ التي لا يصلح أن تكون كناية عن الطلاق]

ووجه قوله في الألفاظ التي لا يصلح أن تكون كناية عن الطلاق أنها تكون طلاقاً بالقصد أنه لفظ قصد به الطلاق، فأشبه ما هو كناية[1]؛ ولأنه مبنى على التغليب والاحتياط، ووجه الاتفاق على أنه لو ضربها[2] أو مسها بيده وقال: أردت الطلاق، أنه لا يكون طلاقاً لأنه لم يأت بصريح الطلاق ولا بكناياته، فكذلك ها هنا[3].

فصل [24. كتابة الطلاق باليد]

وإنما قلنا: إن كتابة الطلاق باليد تكون طلاقاً إذا نواه خلافاً للشافعي[4]؛ لأن الكتابة مواضعة يعبر بها عما في القلب، فجاز أن يقع بها الطلاق كاللفظ، وكذلك الإشارة التي يفهم منها الطلاق من الناحية الأخرى.

فصل [25. الطلاق بالقلب]

فأما الطلاق بالقلب من غير نطق، فوجه إيقاعه أن اعتقاد القلب لما كان لابد منه في وقف إيقاع الطلاق وكان حظ النطق إفهام الغير والتعبير عما في النفس عما جرى الخط والرمز وغير ذلك مما وضع للإخبار عما في النفس، وذلك غير مشروط[5] في الإيقاع كان مجرد الاعتقاد كافياً، ولأنه نوع تحرم به الزوجة فجاز أن يقع بالاعتقاد وإن عري من النطق أصله الكفر، فوجه نفيه قوله ﷺ: "إن الله تجاوز عن أمتي ما حدثت به أنفسها ما لم تنطق به أو

---

(1) في (م): من كنايات.
(2) في (م): أضر بها.
(3) في (م): هذا.
(4) انظر: المهذب: (83/2)
(5) في (م): شرط.

تعمل به"[1]، ولأنه أحد طرفي العقد فكان نطقاً كالنكاح، ولأنه معنى يتعلق به تحريم الوطء فلم يقع بالاعتقاد كالبيع.

فصل [26. في طلاق التي لم يدخل بها بالواحدة والثلاث]

التي لم يدخل بها تبين بالواحدة؛ لأنه لا رجعة له عليها لانتفاء العدة عنها، ويصح إيقاع الثلاث عليها بلفظ واحد[2] خلافاً لمن حكي عنه منعه[3]، ولأنها زوجته، فجاز أن يلحقها إيقاع الطلاق الثلاث في لفظ واحد كان كالمدخول بها، ولأنه إذا قال: أنت طالق ثلاثاً فذلك تفسير لمراده باللفظ الذي يصح[4] أن يراد به فلم يمتنع.

فصل [27. إيقاع الطلاق الثلاث عليها بألفاظ متناسقة]

ويصح أن يوقع الطلاق الثلاث عليها بثلاثة ألفاظ متناسقة متتابعة غير متراخية وله أن يقول: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق[5]، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[6]؛ لأن كل زوجة ملك إيقاع الطلاق الثلاث عليها في لفظ واحد صح أن يوقعه بثلاثة ألفاظ: (كالمدخول به، ولأن المتناسق في حكم الواحد[7])[8].

فصل [28. في التفريق بين ألفاظ الطلاق الثلاث]

ولا يقع إن فرق بين الألفاظ وحصل[9] التراخي بين كل لفظة إلا واحدة فقط لأن اللفظة[10] الثانية تقع عليها بعد البينونة واستقرار الفراق بالأولى

---

(1) أخرجه البخاري في الطلاق، باب: الطلاق في الإغلاق: (169/6)، مسلم في الإيمان، باب تجاوز الله عن حديث النفس: (116/1-117).
(2) انظر: التفريع: (109/2)، الرسالة ص: (202)، الكافي ص: (262).
(3) انظر: المغنى: (104/7)
(4) في (م): يصلح.
(5) انظر: التفريع: (81/2)، الرسالة ص: (202)، الكافي ص: (262).
(6) انظر: مختصر الطحاوى ص(196)، الأم: (182/5)، مختصر المزني ص: (191).
(7) في (ر): المجموع.
(8) ما بين قوسين سقط من (م).
(9) في (ق): يحصل.
(10) في(ق) و(ر): الطلقة.

فلا يؤثر، وبذلك فارق المتناسق؛ لأن اللفظة الأولى لا يستقر حكمها إلا بالفراغ من الباقيتين.

فصل [29. في تطليق البعض]

الطلاق مبنى على السراية والتغليب، فإذا طلق البعض يسري إلى الكل، وذلك على وجهين: أحدهما تبعيض الجزء لقوله: ربعك أو خمسك طالق، والآخر تعيين عضو كقوله: يدك أو رأسك أو رجلك أو فرجك طالق ولا يراعى فيه قلة الجزء وكثرته ولا عين العضو أو الشيء المعين منها مثل كونه يداً أو رأساً أو شعراً أو سناً أو عظماً[1].

فصل [30. وقوع طلاق البعض]

وإنما قلنا: إنه إذا طلق البعض سرى إلى الكل خلافا لمن قال: لا يقع طلاقاً أصلاً[2]، لأن الطلاق لما لم يصح تبعيضه لم يكن بد من أحد ثلاثة أمور: إما أن يقتصر بالتحريم على قدر ما يتناوله اللفظ وذلك ممتنع، أو أن يسقط فلا يكون له حكم، وذلك غير جائز لأنه يسقط التغليظ الذي هو موضوع الطلاق، (أو لن يعلم الكل ويسرى فيه وذلك ما قلناه) [3]، ولأنه تحريم في الزوجة فلم يسقط حكمه ويسرى كما لو عم، وإذا بطل ذلك لم تبق إلا السراية، ولأنه إذا اجتمع الحظر والإباحة في شخص غلب عليه حكم الحظر كالأَمَة بين شريكين والمعتق بعضها والشاة يذبحها المسلم والمجوسي.

---

(1) انظر: الكافي ص(267- 268).
(2) قال ذلك أصحاب الرأي المحلى: (493/11)، المغنى: (246/7).
(3) ما بين قوسين سقط من (م).

فصل [31. في طلاق عضو معين]

وإنما قلنا: إذا عين عضواً منها طلقت أي عضو كان خلافاً لأبي حنيفة في اعتباره أن يكون مما يعبر به عن الجملة[1] كالرأس والفرج؛ لأنه بعض منها فأشبه الرأس والفرج، ولأن البعضية بالجزء عمت فكذلك بالأعضاء.

فصل [32. الشك في الطلاق وفي عدده]

إذا شك هل طلق أم لم يطلق فلا شيء عليه، فإن طلق وشك فيما أراد به هل أراد واحدة أم اثنتين أم ثلاثاً كانت ثلاثاً إن لم يتحقق مراده[2]، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[3]؛ لأن التحريم متحقق، وإنما شك هل ترفعه الرجعة أم لا فحصل أنه شاك هل يمكنه رفع ذلك التحريم أم لا، فيجب أن يغلب التحريم كما لو شك في امرأتين يتيقن أن إحداهما أخته من الرضاعة ويشك في عينها فإنهما تحرمان عليه.

فصل [33. إذا قال: إحدى زوجاته طالق ولم يعينها]

إذا قال لإحدى زوجاته: أنت طالق ولم يعينها ففيها روايتان[4]: إحداهما وقوع الطلاق على الجميع، والأخرى أنه يختار واحدة منهن، فوجه الأولى أنه لو لم يطلق الجميع لم يخل إيقاعه على واحدة أن يكون ابتداء، وذلك[5] غير جائز لأنا نروم[6] تنفيذ[7] الطلاق الموقع دون شيء مبتدأ أو أن يكون بالقرعة فلا يصح[8] أيضاً؛ لأنها لا[9] تدخل إلا فيما يتجزأ وينقسم، وذلك ممتنع في الطلاق، أو أن يتعين بتعيينه وذلك غير جائز لأن الطلاق إذا صدر

---

(1) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 199)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (3/44-45).
(2) انظر: المدونة: (2/119-210)، التفريع: (2/86)، الكافي: (ص: 269).
(3) انظر: مختصر الطحاوى ص: (199)، مختصر المزني (ص: 195).
(4) انظر: المدونة: (2/121-122)، الكافي: ص: (270).
(5) في (م): وغير ذلك.
(6) نروم: أي نريد.
(7) في (ر): بتقييد.
(8) في (ر): فلا يصلح.
(9) في (ق): لم.

من مكلف فلا بد له من محل يتعلق به، وفي اتفاقنا نفوذه على من يعينه في تأتي إخراجه عن محل يتعلق به، وفي اتفاقنا نفوذه على من يعينه في تأتي إخراجه عن محل ينفذ فيه وتبقيته في الذمة إلى أن يعين له محلاً وذلك جائز فلا يبقى إلا ما قلناه، ووجه الاختيار أنه إزالة ملك وقع مطلقاً غير معين، فكان للمالك تعيينه في كل من يصح أن يريده به أصله العتق.

فصل [34. إذا عين وشك في التي نسيها]

وأما إن عين وشك في التي نسيها فإن الكل يطلق عليه كما لو عرف عين من ذبح الشاة وشك هل هو مسلم أو مجوس؛ ولأنه يحصل شاكاً في كل واحدة منهن هل[1] تحل له أو هي حرام عليه كالشاك في امرأتين أيتهما أخته من الرضاعة مع تيقنه أنها إحداهما.

فصل [35. إذا شك في مراده بالطلاق]

وإذا شك في مراده بالطلاق هل أراد واحدة أو اثنتين أم ثلاثاً؟ فإن أبانها في العدة حلت له بعد زوج؛ لأنه لا يخلو طلاقه الأول أن يكون واحدة أو اثنتين[2] أو ثلاثاً، فإن كان دون الثلاث صارت الثلاث مردفة بما فيه على ما تقدم منها، فكان كمبتدئ إيقاعها، وإن كانت الأولى ثلاثاً فالثاني لغو، وتحل بعد زوج.

فصل [36. المسألة الدولابية]

فإن كانت غير مدخول بها أو كانت مدخولاً بها إلا أنها خرجت من العدة وهو على كل شكه[3]، فقد بينا أنها لا تحل له إلا بعد زوج بناء على أن الطلاق المشكوك فيه يكون ثالثاً، فإذا تزوجت وبانت من ذلك الزوج ثم

---

(1) في: ولا.
(2) اثنتين: سقطت من (م).
(3) في (م): على ملكه.

عادت إليه فطلقها فلا يخلو أن يطلقها ثلاثاً أو دونها، فإن طلقها ثلاثاً حلت له بعد زوج، وإن طلقها واحدة لم تحل له أيضاً[1] إلا بعد زوج لجواز أن يكون ذلك الطلاق المشكوك فيه كان اثنتين وقد كمل بهذه الواحدة ثلاثاً فأخذنا بالأغلظ تغليباً للتحريم، فإذا تزوجت ثم عادت إليه بنكاح جديد وبينونة من ذلك الزوج فطلقها واحدة لم تحل له أيضاً إلا بعد زوج لجواز أن يكون الأول المشكوك فيه كان[2] واحدة، وقد تبعته طلقتان مفردتان فكمل ثلاثاً، إذا تزوجت ثم عادت إليه بعد ثلاثة أزواج فهل تعود عنده على الشك عنه، ففيه[3] روايتان[4]: فوجه زوال الشك هو أنه قد تيقن[5] الطلاق الثلاث، فزال حكم الشك أصلاً إذا طلقها ثلاثاً بكلمة واحدة، ووجه قوله: إنها لا تحل له إلا بعد زوج كلما طلقها واحدة ولو عادت بعد مائة زوج أنه إذا طلق الثلاثة وعادت إليه بعد زوج فتقدير الشك في الطلاق الأول ثابت غير زائل اعتباره كوجوبه قبل كمال الثلاث، وهذه المسألة التي يسميها أصحابنا الدولابية؛ لأن المنع دائر معها كيف ما دارت[6].

فصل [37. إذا طلقها دون الثلاث ثم عادت]

إذا طلقها دون الثلاث ثم عادت إليه قبل أن تتزوج، فإنها تعود على ما بقي من الطلاق بلا خلاف، فإن تزوجت ثم عادت إليه فإنها تعود إليه كذلك عندنا[7] خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إنها تعود على طلاق مبتدأ وأن

---

(1) أيضاً: سقطت من (م).
(2) في (م): كانت.
(3) ففيه: سقطت من (م).
(4) انظر: المدونة: (2/119-220)، التفريع: (2/86) الكافي: ص: (269).
(5) بياض في (ق) و(م) وأكمل النقص من (ر).
(6) في (ر): حيث.
(7) انظر: التفريع: (2/78) الكافي: ص: (269).

الزوج قد هدم ذلك الطلاق[1]؛ لقوله تعالى: ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ ﴾[2]، ثم قال ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ ﴾[3]، ولم يفرق بين أن يكون قد تخلل ذلك زوج أو لا، وأنه لم يستوف طلاق الملك فوجب عودها إليه على بقية الطلاق أصله إذا عادت قبل الزواج.

فصل [38. إذا حلف بالطلاق على شيء إنه لا يفعله]

إذا حلف بالطلاق على شيء إنه لا يفعله فطلقها ثم تزوجها، فإن اليمين تعود عليه[4] ما بقي من الطلاق المحلوف عليه خلافاً للشافعي في قوله الآخر[5]: إن زوال النكاح الذي حلف فيه يسقط حكم اليمين؛ لأنها حال يملك فيها ابتداء إيقاع الطلاق المحلوف به فتعلق الحنث بها كالنكاح المحلوف فيه.

فصل [39. إذا طلقها ثلاثاً ثم تزوجها بعد زوج]

وإذا طلقها ثلاثاً ثم تزوجها بعد زوج لم يحنث بعد فعله ولم تعد اليمين عليه[6] خلافاً للشافعي في قوله الآخر: إن اليمين تعود إليه[7]؛ لأن الطلاق المحلوف به قد زال فلم يبق لليمين مع حكم، أصله لو حلف بعتق عبده لا فعل شيئاً، فمات العبد قبل الفعل.

---

(1) انظر: مختصر القدوري مع شرح الميداني: (3/58-59).
(2) سورة البقرة، الآية: 230.
(3) سورة البقرة، الآية: 230.
(4) انظر: التفريع: (2/78) الكافي: ص: (269).
(5) انظر: المهذب: (2/99-109).
(6) انظر: التفريع: (2/78) الكافي: ص:(268-269).
(7) انظر: مختصر المزني ص: (197)، المهذب: (2/110).

فصل [40. في الرجعة]

الأصل في ثبوت الرجعة[1] قوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾[2]، وقوله: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ﴾[3]، قيل: هي الرجعة[4]، وقوله ﷺ: في حديث عمر "مره فليراجعها"[5]، ولا خلاف في ذلك[6].

فصل [41. استحباب الإشهاد على الرجعة]

يستحب في الرجعة الإشهاد وليس بشرط[7] خلافاً للشافعي[8]؛ لأنه حق[9] من حقوق النكاح، كالظهار والإيلاء والقسم وغير ذلك من حقوقه، ولأنه معنى يبيح الوطء كشراء الأمة، ولأنه ليس بآكد من عقد النكاح، وقد بينا أن الإشهاد ليس بشرط فيه.

فصل [42. بم تصح به الرجعة؟]

لا خلاف أنه تصح بالقول وتصح عندنا بالوطء والقبلة وسائر الاستمتاع للذة إذا نوى به الرجعة[10]، خلافاً للشافعي في قوله: إنها لا تكون إلا بالقول[11]، لأن القول الذي يثبت به رد المرأة إلى العقد المبيح للوطء، أو استصلاح ما يثلم منه يجوز أن يقوم الوطء مقامه أصله قول البائع قد اخترت رد هذه الأمة إلى ملكي، ولأنه تصرف لا يكون مباحاً إلا مع البقاء[12] على الملك المبيح له، فجاز أن يقع به الرد إلى الملك أصله القول،

(1) **الرجعة:** هي رفع الزوج أو الحاكم حرمة المتعة بالزوجة لطلاقها (حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع ص: 199).
(2) سورة البقرة، الآية: 228.
(3) سورة البقرة، الآية: 229.
(4) تفسير الطبري: (2/456-459)
(5) سبق تخريج الحديث.
(6) انظر: الإجماع: ص: (112)، المحلى: (11/610)، المغنى: (7/278)، فتح الباري: (9/286).
(7) انظر: المدونة: (2/224)، المحلى: (11/10)، المغني: (7/278)، فتح الباري: (9/286).
(8) انظر: الأم: (5/244-245)، مختصر المزني ص: (196)، الإقناع ص: (153).
(9) في (م): حقوق.
(10) انظر: المدونة: (2/224)، التفريع: (2/75) الكافى: ص: (291-292).
(11) الأم: (5/244-245)، الإقناع ص: (153).
(12) في (ق): مع البناء.

ولا تكون رجعة إلا مع القصد به إلى ذلك خلافا لأبي حنيفة[1]؛ لقوله ﷺ: "إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى"[2]، ولأنه معنى مبيح للوطء فلم يصح إلا بنية كالتلفظ بعقد النكاح، ولأنه أحد الأنواع التي تثبت بها الرجعة كالقول.

فصل [43. من طلق امرأته ثم ارتجعها فلم تعلم حتى تزوجت]

ومن طلق امرأته ثم ارتجعها فلم تعلم حتى تزوجت، فإن دخل بها الثاني فلا سبيل للأول عليها، وإن لم يدخل بها ففيها روايتان: إحداهما أنها للأول، والثانية أنها للثاني[3]، فوجه الأولى أنها لم تفت بدخول من زوج، فوجب أن تكون لمرتجعها أصله إذا لم تتزوج، ولأن ذلك حكم عمر بن خطاب -رضي الله عنه- ولا مخالف عليه حكم به في رجل يكنى أبا كنف وكان ارتجع وامرأته لا تعلم فتزوجت فأدركها والنساء يهدينها للثاني فكتب له عمر: أنه أحق بها إن كان الثاني لم يدخل بها[4]، ولأن هذه مبينة على الوليين وقد قدمناه، ووجه الثانية أن العقد للثاني حصل قبل علمها[5] برجعة الأول بتقصير من جهته، فوجب أن تكون للثاني كما دخل بها: ولا يدخل عليه الوليان، لأن الأول لا ينسب إلى تقصير لأن الذي زوَّج الثاني غيره، فأما ما لم تتزوج فلا مراجعة بينه وبين غيره، وكذلك إسلام الكافر في عدة امرأته التي أسلمت إذا لم تعلم حتى تزوجت ففيها روايتان كمسألتنا.

---

(1) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 205-209)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (54/3).
(2) سبق تخريج الحديث.
(3) انظر: المدونة: (224/2-226)، التفريع: (81/2) الكافي: ص: (292).
(4) انظر: مصنف عبد الرزاق: (313/6)، وابن أبي شيبة: (252/1).
(5) في (م): علم.

فصل [44. تحريم المطلقة الرجعية ما لم يرتجعها]

المطلقة الرجعية محرمة ما لم يراجعها[1] خلافاً لأبي حنيفة[2]؛ لأنها جارية على بينونة أصله الكتابية إذا أسلمت بعد الدخول، ولأن الطلاق يوجب التحريم كالخلع واعتباراً به قبل الدخول.

فصل [45. حكم العزل]

العزل[3] جائز في الجملة[4] إذا لم يتعلق به إسقاط حق الغير؛ لقوله ﷺ: وسئل[5] العزل خوف الحمل: "لا عليكم إلا تفعلوا فإنه ما من نسمة قدر الله أن تكون إلا كانت"[6]، ولم ينههم، ولأنه ترك لإتمام الوطء، وذلك غير ممنوع كما لو نزع ولم ينزل أصلاً، فإذا ثبت ذلك فلا يجوز عن الحرة إلا بإذنها لنهى النبي -ﷺ- عن ذلك[7]، ولأنه تركه حق لكل واحد من الزوجين؛ لأنه من تمام الوطء فليس لأحدهما قطعه إلا باختيار الآخر، والحرة تختار لنفسها والأمة خيارها إلى سيدها لأن له[8] غرضاً في كثرة ولدها فليس للزوج قطعه عنه[9]، فأما أُمُ الولد وسائر الإماء فلا حق لهن في الوطء، وذلك ينفي أن يكون لهن حق في إتمامه.

فصل [46. في فسخ النكاح]

فسخ النكاح على ضربين: فسخ بطلاق، وفسخ بغير طلاق، وفائدة الفرق هو أنه إذا كان طلاقاً نقص به من أعداد الطلاق، فإن ورد بعد

---

(1) انظر: المدونة: (2/224-226)، التفريع: (2/76-177) الكافي: ص:291-292.
(2) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 195)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (3/57).
(3) **العزل:** وهو النزع بعد الإيلاج لينزل خارج الفرج (فتح الباري: 9/305).
(4) في جملة أحكام العزل انظر: الموطأ: (2/595-596)، التفريع: (2/46)، الكافي: ص: (257).
(5) في (م): وسألوه.
(6) أخرجه البخاري في النكاح، باب: العزل: (6/153).
(7) حديث: "أنه نهى ﷺ أن يعزل من الحرة إلا بإذنها" أخرجه ابن ماجه في النكاح، باب: العزل: (1/620)، وفي إسناده ابن لهيعة وهو ضعيف (إرواء الغليل: 7/70).
(8) في (ق): لها.
(9) في (ق): عنها.

تطليقتين لم تحل له إلا بعد زوج، وإذا لم يعد طلاقاً فله أن يتزوجها من غير حاجة إلى زوج، لأن الثلاث لم تكمل وفي اعتبار التمييز بينهما روايتان[1]:

إحداهما بالخلاف القوي الظاهر دون الشاذ، فإن وجد ذلك في النكاح المفسوخ كان فسخه طلاقاً، فإن عدم كان فسخه[2] بغير طلاق.

والأخرى: أن يراعى ما له ثبت الفسخ، فإن كان مما يمكن الثبوت معه، وإنما فسخ[3] لحق أحد الزوجين دون حق الله تعالى كان الفسخ طلاقاً، وإن كان مما لو أراد الزوجان أو أحدهما[4] الثبوت عليه لم يجز له، فالفسخ بغير طلاق، فوجه اعتبار الخلاف الاحتياط للفروج وإباحتها باليقين دون الشك وبقاء[5] الخلاف في زوال النكاح لا يحصل معه اليقين، فوجب أن يعتبر بالطلاق ليحصل هذا المعنى..

ووجه الأخرى أن المراعى في ذلك الأمر الغالب الذي لا تمكن الإقامة على النكاح معه اعتباراً بالرضاع والملك، فإذا ثبت هذا فالمسائل التي توجب فيها الفسخ تتفرع على هذا الخلاف: كالفسخ بتزويج المرأة نفسها والمحرم والشغار والمتعة وما أشبه ذلك من بابه يخرج على الروايتين، وفسخ النكاح بالعنة والجب والإعسار بالنفقة والمهر واختيار المعتقة نفسها والعيوب الأربعة والإيلاء وغير ذلك رواية واحدة أنه طلاق، والرضاع والملك ونكاح المرأة في العدة والفرقة باللعان وإسلام المرأة، وما أشبه ذلك رواية واحدة أنه فسخ، وفي الردة وغيرها خلاف في تخريجها.

---

(1) انظر: المدونة: (2/154-157)، التفريع: (2/48-49) الكافي: ص: (237-238.).
(2) في (م): فسخاً.
(3) في (ق): الفسخ.
(4) في (م): أو بعدهما.
(5) في (م): وبقى.

فصل [47. إذا طلقها قبل الدخول ولها عليه مهر مسمى]

إذا طلقها قبل الدخول ولها عليه مهر مسمى، فإن كان حالاً أخذت النصف حالاً؛ لأن الطلاق لا يمنع من ذلك، وإن كان مؤجلاً لم تستحق أخذ شيء إلى حلول الأجل لأن الطلاق لا يوجب[1] حلول الديون المؤجلة؛ لأن الموجب لذلك خراب الذمة بالموت أو عيبها بالفلس وذلك معدوم في الطلاق، وإن كان بعضه حالاً وبعضه مؤجلاً فلها نصف الحال معجلاً وتنتظر بنصفه حلول الأجل[2] اعتباراً بكون جميعه على أحد الصفتين[3].

(1) في (ق): يوجب.
(2) في (م): أجله.
(3) انظر: المدونة: (174/2)، الكافى: ص:(250).

باب: في الشهادة على الطلاق

لا تقبل في الشهادة على الطلاق إلا الرجال لأنها شهادة على حكم يثبت في البدن مما يطلع عليه الرجال كالقتل ولا يقبل فيه شاهد ويمين؛ لأن ذلك مقصور على الأموال وحقوقها ولا يحلف في دعوى بمجردها[1]، لأن ذلك طريق إلى دعوى من تريد أذى زوجها (وفراقه وإعناته في كل وقت، فإن انضم إلى دعواها ما يقويها مثل شاهد)[2] واحد أو امرأتان حلف الزوج معها لقوله: "إذا ادعت المرأة طلاق زوجها فجاءت بشاهد عدل استحلف"[3]؛ لأن دعواها قد قويت بذلك فينظر، فإن حلف سقطت الدعوى؛ لأن في الحديث: "فإن حلف بطلت شهادة الشاهد"[4]، وإن نكل ففيها روايتان:

إحداهما: أنه يحكم عليه بالطلاق ولما روي في الحديث: "فإن نكل فنكوله بمنزلة شاهد آخر وجاز طلاقه"[5].

والأخرى: أنه يحبس[6] حتى يحلف ووجهها[7]: أن الشاهد والنكول أضعف من الشاهد واليمين، فلما لم يحكم بالطلاق بشاهد ويمين كان بأن

---

(1) انظر: المدونة: (2/134-137)، التفريع: (2/105-107) الكافي: ص: 264.
(2) ما بين قوسين: سقط من (م)
(3) أخرجه البيهقي : (10/182)، وهو موقوف على ابن عمر، وأخرجه الدار قطني: (4/64)، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: أن النبي -ﷺ- قال: "إذا دعت..." إلى آخر الحديث.
(4) هو جزء من الخبر السابق.
(5) هو جزء من الخبر السابق.
(6) في (م): أنه يجلس.
(7) في (م): زوجها.

لا يحكـم بالشـاهد[1] والنكـول أولى، والحـديث إذا ورد فيـه زيـادة تردهـا الأصول كانت الأصول أولى.

فصل [1. اختلاف الشاهدين على الطلاق]

إذا اختلـف الشـاهد علـى الطـلاق بالزمـان والمكـان لم يمنـع ذلـك قبـول الشهادة؛ لأن القول يتكرر ويعاد ويكون الحكم في الثاني أنه إعادة الأول لا استئناف كالإقرار بالمال، وبخلاف ذلك في الأفعال لأن كل فعل له حكم نفسه لا يكون تكراراً للأول.

فصل [2. متى تبدأ عدة المطلقة]

وعدتها من يوم أخبر الآخر أنه سمع الطلاق فيه[2]؛ لأن بشهادته تمت البينة ووقع الحكم والعدة تتعقب الطلاق المحكوم به لا تتقدم عليه

فصل [3. إذا اختلف الشاهدان في عدد الطلاق]

فإن اختلف في العدد أحدهما بواحدة والآخر باثنتين أو أحدهما بثلاثة، والآخر باثنتين حكم بالأقل وأحلف على الزيادة، فإن حلف بطل عنه، وإن نكل كان على ما ذكرناه.

(1) في (ق): بالنساء.
(2) انظر: المدونة: (227/2)، التفريع: (114/2-16) الكافي: ص: (293-294).

باب: الخلوة لا توجب كمال الصداق

مجرد الخلوة لا يوجب كمال الصداق إذا لم يكن وطء[1] خلافا لأبي حنيفة[2]؛ لقوله تعالى: ﴿ **وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ** ﴾[3]، ولأنه لم يحصل منه المسيس المقصود بالعقد، كما لو لم يخل[4] بها.

فصل [1. إدعاء المرأة الوطء وإنكار الزوج له]

إذا حصلت الخلوة فادعت الوطء فأنكره الزوج، ففيها ثلاث روايات[5]:

إحداهما: أن القول قولها جملة من غير تفصيل.

والأخرى: أنه إن كان ذلك في منزلها فالقول قوله مع يمينه ما لم يكن دخول بناء، وإن كان في منزله، فالقول قولها مع يمينها.

والثالثة: أنها إن كانت ثيباً فالقول قولها مع يمينها، وإن كانت بكراً نظر إليها النساء، فإن رأين أثر افتضاض صّدقِّت عليه، وإن لم يرين لم يكن لها إلا نصف الصداق.

فوجه الأولى: أنها قد فعلت ما يلزمها من التسليم والتمكين من الاستمتاع فليست بمنسوبة إلى تفريط بترك التوثق بالإشهاد إذ لا يمكنها ذلك، فلو لم تصدق عليه لأدى إلى أن لا يثبت على أحد صداق بوطء إلا باعترافه، وفي ذلك إضاعة المهور وأعواض الاستمتاع.

---

(1) انظر: المدونة: (222/2)، التفريع: (110/2) الكافي: ص: (251).
(2) انظر: مختصر القدوري مع شرح الميداني: (25/3)، تحفة الفقهاء: (140/1).
(3) سورة البقرة، الآية: 237.
(4) في (م): لم يدخل.
(5) انظر: المدونة: (222/2-224)، التفريع: (110/2) الكافي: ص: (243-254).

ووجه الثانية: أن النزاع في التداعي يُرجع فيه إلى من يشهد له العرف من المتداعيين، فالعرف جار بأن الرجل ينقبض في غير بيته إذا كان زائرا غير مطمئن ولا ينبسط وأنه يستحي من اطلاع أهلها ومن هو في دارها، فكان القول قوله في أنه لم يطأ بشهادة العرف له، وبخلاف هذا إذا بنى بها؛ لأنه إذا توطن واطمأن في بيته أو بيت أهلها انبسط وزال الاستيحاش والانقباض عنه، فكان القول قولها: إنه وطئها، فكذلك إذا خلى بها في بيته فالقول قولها؛ لأن العرف يصير معها؛ لأن الإنسان ينبسط في بيته ولا ينقبض والعادة إقدامه على الوطء، ولأنه لا يتوقف عنه فصدقت عليه.

ووجه الثالثة: أنه إذا وجد سبيل إلى اليقين كان أولى من الظن، والعمل على ظاهر لا يعرف صدقه، وذلك في البكر على ما ذكرناه من اختبارها بنظر النساء إليها، وجاز ذلك للضرورة كالعيوب، ولما لم يكن في الثيب رجع إلى قولها، وكل من حكم بقوله فلابد من يمينه.

فصل[2.وجوب العدة في اختلافهما على الوطء أو عدمه]

وكل هذا الاختلاف إنما في تكميل الصداق، فأما العدة فإنما تجب ولا تسقط باختلافهما؛ لأنها حق لله، فلا يقبل قولهما في إسقاطه.

باب: [الخيار للأمة إذا أعتقت وهي تحت عبد]

والأمة إذا أعتقت وهي تحت عبد[1]، فلها الخيار[2]؛ لحديث بريرة[3] لما أعتقت وكان زوجها عبداً، فجعل رسول الله -ﷺ- لها الخيار[4]، ولأن حرمتها قد زادت على حرمته فلها أن ترضى به؛ لأنها تقول: إنما رضيت أن يتزوجني عبد لما كُنت أَمَة فأما وأنا حرة فلا أرضى فيكون ذلك لها.

فصل[2. إذا كانت الأمة تحت حر لا خيار لها]

ولا خيار لها تحت الحر خلافا لأبي حنيفة[5]؛ لقول عائشة -رضي الله عنها-: خيَّر رسول الله -ﷺ- بريرة، وكانت تحت عبد ولو كان زوجها حراً ما خيرها[6] ومثل هذا لا يكون إلا توقيفاَ، ولأن ذلك معنى لا يثبت لها الخيار عند ابتدائه إذا وقع العقد مطلقاً لم يثبت لها إذا طرأ عليه، أصله إذا تزوجته أقطع اليدين لما لم يكن الخيار كذلك إذا طرأ القطع عليه، ولأن حرمتها ليست بزائدة على حرمته بخلاف العبد.

فصل[2. في كون الخيار طلاق]

واختيارها نفسها طلاق؛ لأنه ليس بغالب إذ المقام على النكاح جائز مع عتقها وتكون بائناً؛ لأنه خيار في زوال العصمة كالخلع ولو كانت الرجعة

---

(1) وهي سقطت من (م)، ومن (ر).
(2) انظر: التفريع: (103/2)، الرسالة: (ص: 204)، الكافي: (ص: 275).
(3) **بريرة**: مولاة أم المؤمنين عائشة -رضي الله عنهما-، صحابية مشهورة، عاشت إلى خلافة يزيد ابن معاوية (انظر: تقريب التهذيب، (ص: 744)، الإصابة: (157/12).
(4) أخرجه البخاري في النكاح، باب: الحرة تحت العبد: (124/6)، ومسلم في العتق، باب: فضيلة أن الولاء لمن أعتق: (1142/2).
(5) انظر: مختصر القدوري مع شرح الميداني: (24/3).
(6) سبق تخريج الحديث قريباً.

ثابتة لم يفد الخيار شيئاً ولو أعتق العبد لم يكن له سبيل عليها، لأن البينونة حلت قبل عتقه، وإن أمكنته أن يطأها أو يقبلها بطل خيارها[1]؛ لأن ذلك دلالة على رضاها به إلا أن يكون أكرهها فلا يبطل الخيار، وهذا إذا أمكنته عالمة بأنها أعتقت، فأما إن أمكنته من وطئها من قبل أن تعلم بعتقها فلا يسقط خيارها؛ لأن ذلك لا يدل على رضاها بالثبوت معه، وإنما يدل على ذلك إذا كان بعد علمها به، وسواء كان قبل الدخول أو بعده، لأنه -ﷺ- خيَّرها ولم يفرق، ولأنه علله بملكها ببضعها[2]، واعتباراً ببعد الدخول.

وفي تطليقها نفسها زيادة على الواحدة روايتان: فوجه قوله: إن لها أن تطلق[3] ثلاثاً أنها ملكت ما كان للزوج يملك من أمرها، فكان لها[4] أن توقع ما كان له أن يوقعه، ووجه قوله: إنه ليس لها أكثر من الواحدة هو أن الغرض زوال العصمة، فإذا حصل بالواحدة فلا فائدة في الزيادة عليها.

---

(1) انظر: التفريع: (1/103-104)، الرسالة: (ص: 204)، الكافي: (ص: 275-276).
(2) في (ق): لبعضها.
(3) في (ق): له.
(4) في (م): لها ذلك.

باب: في الخلع

الخلع[1] جائز[2]، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾[3]، وقوله: ﴿ فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا ﴾[4]، وحديث حبيبة بنت سهل[5] لما شكت زوجها ثابت بن قيس[6] إلى النبي -ﷺ- فقالت: لا أنا ولا ثابت، فقال رسول الله-ﷺ- : "أتردين عليه حديقته" قالت: نعم، فأخذها منها وجلست في أهلها[7]؛ ولأن المرأة قد تكره زوجها مع قيامه بحقوقها ولا يمكنها من مطالبته بالفرقة؛ لأن ذلك لا يلزمه إلا برضاه، فجاز أن تبذل له عوضاً على ذلك.

فصل[1. في الزيادة على الصداق في الخلع أو نقصانه]

ويجوز أن يخالعها على الصداق وأقل وأكثر، خلافاً لمن ذهب إلى منع الزيادة عليه[8]؛ لقوله تعالى: ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾[9]، فعم، ولأنه

---

(1) **الخلع في اللغة**: قال ابن فارس هو مزايلة الشيء الذي كان يشتمل به أو عليه (معجم مقاييس اللغة: 209/2)، وفي الاصطلاح هو: عقد معاوضة على البضع تملك المرأة نفسها، ويملك به الزوج العوض (حدود ابن عرفة ص: 180).

(2) في جملة أحكام الخلع انظر: المدونة: (231/2)، التفريع: (81/2-83)، الرسالة: (ص: 202)، الكافى: (ص: 276).

(3) سورة البقرة، الآية: 229.

(4) سورة النساء، الآية: 4.

(5) **حبيبة بنت سهل:** بنت ثعلبة بن الحارث بن زيد بن ثعلبة الأنصارية، صحابية، اختلعت من ثابت بن قيس فتزوجها أبي بن كعب بعده (تقريب التهذيب، ص: 745).

(6) **ثابت بن قيس:** بن شماس الأنصاري، خزرجي، خطيب الأنصار من كبار الصحابة، بشره النبي -ﷺ- بالجنة واستشهد (تقريب التهذيب، ص: 133).

(7) أخرجه البخاري في الطلاق، باب: الخلع وكيف الطلاق فيه: (170/6)،

(8) قال عطاء وطاوس والزهري وعمرو بن شعيب: لا يأخذ أكثر مما أعطاها (المغنى: 53/7).

(9) سورة البقرة، الآية: 229.

عوض مبذول في الخلع يجوز أن يكون مثله عوضاً في غير الخلع، فجاز أن يكون عوضاً في الخلع أصله مقدار الصداق.

فصل[2. في صحة الخلع مع الرضا وعدم الإضرار]

ويصح مع الرضا وعدم الإضرار خلافاً لقوم[1]، لقوله تعالى: ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾[2] فعم، ولأنها معاوضة تجوز حال الخصومة فجازت مع التراضي كالبيع والإجارة.

فصل[3. إذا كان الإضرار من قبل الزوج]

وإن كان الإضرار من قبله نفذ الطلاق ورد ما أخذ منها[3] خلافاً للشافعي[4]،في قوله: إنه لا يرد شيئاً، أما نفوذ الطلاق فلأنه قد ألزمه نفسه فلا سبيل إلى رفعه، وأما وجوب رد ما أخذه فلأنه كان مستحقاً عليه إزالة الأضرار[5] وما ألزم الإنسان إزالته بغير عوض لم يجز له أخذ العوض عليه.

فصل[4. في كون الخلع طلاق]

والخلع طلاق وليس بفسخ[6] خلافاً للشافعي[7]؛ لأنه لما ﷺ خلع بين حبيبة وثابت بن قيس فقال لها: "اعتدي" ثم التفت إليه فقال له: "هي واحد"[8]، وهذا نص، ولأن كل فرقة يجوز الثبوت على النكاح مع الحال[9] الموجبة لها فإنه طلاق لا فسخ اعتباراً بفرقة العنين والمولى عكسه الرضاع

(1) في رواية للحنابلة وهو قول ابن المنذر وداود (انظر: المغنى: 54/7) أنه لا يجوز الخلع إلا عند الإضرار بها وعدم الرضا.
(2) سورة النساء، الآية: 4.
(3) في (م): ما أخذه.
(4) انظر: الأم: (196/5-197). مختصر المزني: (ص: 187).
(5) في (م): الضرر.
(6) انظر: التفريع: (81/2)، الرسالة: (ص: 202)، الكافي: (ص: 276).
(7) انظر: الأم: (198/5-199). مختصر المزني: (ص: 187)، وهو أحد قولي الشافعي.
(8) سبق تخريج هذا الحديث قريباً.
(9) في (ق): الحلال.

والملك، ولأن الزوج أخذ العوض على ما يملكه والذي يملكه الطلاق دون الفسخ لأنه لو قال: قد فسخت النكاح لم ينفسخ إذا لم يرد الطلاق.

فصل[5. منع الرجعة في الخلع]

ولا رجعة في الخلع[1] خلافاً لأبي ثور[2]؛ لأن المرأة إنما تبذل العوض لإزالة الضرر عنها، وفي ثبوت الرجعة عليها تبقية الضرر، ولأن في إثبات الرجعة في الخلع جمعاً للزوج بين العوض والمعوض، وذلك لا سبيل إليه.

فصل[6. الخلع مع اشتراط الرجعة]

فإن بذلت له العوض وشرط الرجعة ففيها روايتان[3]: إحداهما ثبوتها والأخرى سقوطها، فوجه ثبوتها أن العوض يكون في مقابلة ما يسقط من عدد الطلاق دون زوال العصمة؛ لأنها لما أجابته إلى ذلك دلَّ على أنها على هذا عاوضته، ووجه نفيها أنه طلاق بعوض فوجب أن تنتفى معه الرجعة أصله إذا طلق، ولأنه شرط في العقد ما يمنع المقصود منه، فلم يثبت كما لو شرطت[4] في النكاح أن لا يطأ.

فصل[7. عدم لحوق ما أردفه من الطلاق في عدة المختلعة]

ولا يلحقها ما أردفها في العدة خلافاً لأبي حنيفة[5]؛ لأنها فرقة لا رجعة فيها كالثلاث أو قبل الدخول، ولأن كل من يطلق باللفظ العام للنساء لم يطلق مع التعيين أصله بعد العدة.

---

(1) انظر: المدونة: (232/2)، التفريع: (83/2)، الرسالة: (ص: 202)، الكافي: (ص: 276).
(2) انظر: التفريع: (83/2)، الكافي: (ص: 277).
(3) انظر: التفريع: (83/2)، الكافي: (ص: 277).
(4) في (ق): شرط.
(5) شرح فتح القدير (21/3).

فصل[8. نكاح المختلعة في العدة]

وله أن ينكحها في العدة برضاها؛ لأن الماء له واعتبرنا رضاها؛ لأنه نكاح وليس برجعة.

فصل[9. في نفقة المختلعة]

لا نفقة للمختلعة لأن طلاقها بائن كالمبتوتة، وإن كانت حاملاً لزمته النفقة للحمل[1]؛ لأنها كالمبتوتة الحامل.

فصل[10. المخالعة على خمر أو خنزير]

إذا خالع عن خمر أو خنزير أو ما لا يصح للمسلم تملكه وقع الطلاق بائناً[2] خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إنه يقع رجعياً[3]؛ لأنه طلاق أوقعه على وجه الخلع فكان بائناً كما لو صح العوض.

فصل[11. في أنه لا رجوع عليها بشيء إذا رضى بما لا يصلح أن يعتاض به]

ولا يكون الرجوع بشيء خلافاً للشافعي في قوله: يستحق عليها مهر المثل[4]؛ لأنه لما رضي بأن يعتاض ما لا يصح أن يكون عوضاً في حقها يكون راضياً بسقوط العوض، فلم يجب له بدل، ولأنه معنى يصح أن يوقع[5] بغير عوض[6] يفوت بنفس وقوعه لا يمكن الفسخ به، فإذا وقع بما لا يصح أن يكون بدلاً لم يستحق أن يكون لموقعه به[7] بدل أصله العتق.

---

(1) انظر: المدونة: (232/2)، التفريع: (83/1)، الكافي: (ص: 298)
(2) انظر: المدونة: (236/2)، الكافي: (ص: 277).
(3) انظر: مختصر القدوري مع شرح الميداني: (65/3)، وتحفة الفقهاء: (201/1).
(4) انظر: مختصر المزني: (ص: 190)، الإقناع: ص:(152).
(5) في (م): أنه يقع.
(6) في (م): دليل، وفي (ر): بدل.
(7) أن يكون لموقعه به: سقطت هذه العبارة من (م) ومن (ر).

فصل[12. في خلع المريضة]

خلع المريضة جائز إذا كان خلع مثلها واختلف فيه، فقيل: بقدر ميراث الزوج، وقيل: بالثلث، وإن زاد على قدر الميراث[1]، فوجه الأول أن ما زاد على قدر الميراث إقرار[2] لبعض الورثة بمال دون غيره فلم يجز، ووجه الثاني أن المريض مالك لثلث ما له، فجاز لها الخلع عليه كحال الصحة[3].

فصل[13. في عدم اعتبار صداق المثل في خلع المريضة]

ولا اعتبار بصداق المثل في ذلك خلافاً للشافعي[4]؛ لأنه ليس في مقابلته ما يقوم به وصداق المثل لا يعتبر إلا في هذا.

فصل[14. الخلع على الغرر]

يجوز الخلع على الغرر والمجهول كالآبق والشارد، فإن سلم أخذه وإلا فلا شيء له والطلاق نافذ على كل حال[5]، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في منعهما ذلك[6]؛ لقوله تعالى: ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾[7] فعم، ولأنه يصح أن يملك بالهبة والوصية، فجاز أن يكون بدلاً في الخلع كسائر الأعيان.

فصل[15. إذا قصد إيقاع الخلع بغير عوض]

إذا قصد إيقاع الخلع بغير عوض كان خلعاً عند مالك، وقال أشهب: يكون طلاقاً رجعياً[8]، فوجه قول مالك: إنه طلاق قصد أن يكون خلعاً، فكان على ما قصده كالذي معه عوض، ولأن عدم حصول العوض في

---

(1) انظر: المدونة: (241/2)، الكافي (ص: 278.)
(2) في (م): إفراد.
(3) في (ق): الصحيح.
(4) انظر: مختصر المزني: (ص: 189)، الإقناع: (ص: 152).
(5) انظر: المدونة: (232/2)، التفريع: (82/2)، الكافي: (ص: 177).
(6) انظر: مختصر القدوري: (3/65-66)، مختصر المزني: (ص: 189).
(7) سورة البقرة، الآية: 229.
(8) انظر: التفريع: (83/2)، الكافي: (ص: 276).

الخلـع لا يخـرج الطـلاق عـن لزومـه علـى قصـد موقعـه إذا عـاوض بخمـر أو بخنزير، ووجه قول أشهب أن معنى الخلع بدل عوض على الطلاق، فإذا لم يقع عوض خرج عن معناه، ولأنه طلاق بغير عوض كالمبتدأ.

باب: في الحكمين

إذا قبح[1] ما بين الزوجين وظهر الشقاق فإذا علم الإضرار من أحدهما أمر بإزالته، فإن أشكل ذلك بعث الحاكم حكمين: أحدهما من أهل الزوج والآخر من أهل المرأة عدلين فقيهين فينظران بينهما ويجتهدان في الإصلاح إن تمكنا، فإن لم يقدرا عليه ورأيا الصلاح في الفرقة فرقا بينهما، فإن رأيا أن يأخذا له شيئاً من مالها ليكون خلعاً فعلاً، وكان ذلك لهما على طريق الحكم دون التوكيل وافق الحكم[2] قاضي البلد أو خالفه، وإن لم يكن في أهلها من يهتدي؛ لذلك جاز أن يكونا أجنبيين[3].

فصل[1. في مشروعية الحكمين]

والأصل في الحكمين قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ ﴾[4] الآية، وبعث عثمان بن عفان ابن عباس ومعاوية حكمين في قصة عقيل بن أبي طالب[5] وامرأته فاطمة بنت بن ربيعة[6] وقال عليّ -رضي الله عنه- للحكمين أتدريان ما عليكما؟ عليكما إن رأيتما أن تجمعا[7] جمعتما، وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما[8].

---

(1) يعنى إذا ساء، وقد استعمل المصنف هذه العبارة في كتابه التلقين.
(2) حكم: سقطت من (م).
(3) انظر: المدونة: (294/2)، التفريع: (87/2)، الكافي: (ص: 278).
(4) سورة النساء، الآية: 35.
(5) **عقيل بن أبي طالب**: الهاشمي، أخو عليّ وجعفر وكان الأسن، صحابي، عالم بالنسب، مات سنة ستين، وقيل: بعدها (تقريب التهذيب، ص: 396).
(6) **فاطمة بنت عتبة**: بن ربيعة بن عبد شمس العبشمية، أخت هند أم معاوية، روت عنها أم محمد بن عجلان (الإصابة في تمييز الصحابة: 163/8).
(7) أن تجمعا: سقطت من (ق).
(8) أخرجه عبد الرزاق: (512/6) (تلخيص الحبير: 204/3).

فصل[2. للحكمين التفريق بينهما]

وإنما قلنا: إنهما إن رأيا أن يفرقا فرقا فرقاً على طريق التوكيل بل على وجه الحكم خلافاً لأبي حنيفة وأحد قولي الشافعي[1]؛ لقوله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا ﴾[2]، وذلك خطاب للأئمة والحكام دون الزوجين، ولأنه تعالى سماهما حكمين وذلك يفيد تعلق الحكم بينهما دون الوكالة؛ ولقول عليّ -رضي الله عنه- للحكمين: أتدريان ما عليكما؟ إن رأيتما أن تصلحا أصلحتما وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما[3]، ولم يشترط رضا الزوجين، ولأن للحاكم مدخلاً في إيقاع الفرقة بين الزوجين لإزالة الضرر كالإيلاء، والإعسار بالنفقة والمهر وغير ذلك، وإنما أجزنا[4] لهما أن يأخذا له شيئاً من مالها؛ لأن الإصلاح موكول إلى اجتهادهما، فقد يريان الحظ في ذلك لأنه ﷺ قد فعل ذلك في قصة حبيبة بنت سهل مع ثابت ابن قيس[5]، وإن لم يكن ذلك على وجه التحكيم.

فصل[3. في كون الحكمين من الأهل]

وإنما استحببنا أن يكونا من أهلهما للنص على ذلك[6]؛ ولأن الأهل أخبر بالقصة وأعرف بطيها وأهدى إلى إصلاحها، فكانا أولى من الأجانب، ولأن الأهلية تبعث على المبالغة في النصيحة للتناهي في الإشفاق، وإنما قلنا: إنه يجوز أن يكونا أجنبيين إن لم يكن في الأهل من يقوم بذلك لأن الغرض ما ذكرناه وكونهما من الأهل أنجز للقصة وأبلغ في إصلاحها، لا أنّ ذلك

(1) انظر: مختصر الطحاوى (ص: 191)، ومختصر المزني (ص: 186).
(2) سورة النساء، الآية: 35.
(3) سبق تخريج الأثر قريباً.
(4) في (م): اخترنا.
(5) سبق تخريج هذا الحديث.
(6) كما جاء في قوله تعالى: (حكما من أهله وحكما من أهلها) الآية.

شرط لأنّه ليس في الأصول حكم شرط في متوليه أن يكون من أهل المتحاكمين.

فصل[4. عدم اشتراط موافقة رأي الحكمين رأي قاضي البلد]

وإنما قلنا: لا فرق بين أن يوافق رأي قاضى البلد أو يخالفه؛ لأن الاجتهاد مطلق لهما والأمر بفعل ما يريان الصلاح فيه متوجه إليهما، وهما ممنوعان من تقليد غيرهما، فقد يوافق رأيهما مذهب قاضي البلاد، وقد يخالفه فلم يكن بذلك اعتبار.

باب: في تمليك المرأة طلاقها

إذا ملَّك الرجل امرأته طلاقها جاز؛ لأنه قد وكلها بذلك والتوكيل في الطلاق جائز، ولفظه أن يقول: قد ملكتك أمرك أو طلاقك أو أمرك بيدك أو ما أشبه هذه الألفاظ، ثم لا يخلو أن تجيب في المجلس أو تمسك فلا تجيب، فإن لم تجب وقد أمكنت من الجواب حتى افترقا ففيهما روايتان[1]:

إحداهما بطلان تمليكها، والأخرى ثبوته وإنه لا يقطعه إلا إيقافها أو تمكينها إياه من نفسها، فوجه الأولى أنه إيجاب[2] يقتضي قبولاً، فإذا لم يحصل الجواب في الحال بطل كلفظ الإيجاب في البيع والنكاح، ووجه الثانية اعتباره بإعتاق الأمة تحت العبد؛ لأنه جعل طلاقها بيدها.

فصل[1. إجابة المرأة على تمليك الرجل لها]

وإن أجابت لم يخل أن يكون صريحاً بقبول أو رد أو مبهماً، فإن كان مبهماً لم يضرها إن قامت من المجلس ولم تفسره وأخذت بتفسيره فيما بعد..

وإنما قلنا ذلك؛ لأن الجواب قد حصل منها، وإن كان مجملاً فلم يجعل كعدمه، وإن كان مفسراً عمل على ما يوجب[3] من قبول أو رد..

وإنما قلنا ذلك؛ لأنه قد جعل لها أن تملك فصار ذلك حقاً لها، فكان لها استيفاؤه أو إسقاطه..

---

(1) انظر: المدونة: (269/2) وما بعدها، التفريع: (2/87-80)، الكافي: ص: (273-274).
(2) في (م): جواب.
(3) في (م): عمل ما يوجبه.

فألفاظ القبول أن تقول: قد قبلت طلاقي أو قبلت نفسي أو طلقت نفسي أو ما أشبه ذلك، فهذا كله صريح في القضاء بالطلاق ثم ينظر، فإن كان في هذه الألفاظ التي تقضى بها ما لا يحتمل إلا الثلاث أو ما يحتمل الثلاث وما دونها فله مناكرتها إن ادعى أنه لم يرد بالتمليك إلا واحدة، وإنما يكون له ذلك بثلاثة شروط وهي: أن يزعم أنه نوى ذلك عند التمليك، وأن يكون تمليكه إياها ابتداء طائعاً من غير شرط، وأن يناكر في الحال فمتى انخرم من هذه الشروط شيء لم تكن له المناكرة وجاز عليه ما قضته.

وإنما شرطنا أن يكون نوى ما يدعيه عند التمليك؛ لأن ظاهر تمليكه يوجب أنه ملَّكها جميع ما بيده، وإذا ادعى ما يخالف ذلك لم يقبل منه إلا أن يكون ذلك في الحال، وإنما قبلنا دعواه؛ لأن الطلاق بيده فلا يخرج عنه إلا ما أقر أنه أراد تمليكها يحتمل ما قاله..

وإنما شرطنا أن يكون ذلك في الحال لأن إمساكه عنها دلالة على رضاه بما قضت واعتراف منه لأنه لو كان بخلاف ذلك لبادر بالإنكار ولم يتوقف..

وإنما شرطنا أن يكون تمليكه لها طوعاً لا عن شرط أنه إذا كان شرط فالغرض منه تمليك ما تزول به العصمة لا نقصان عدد الطلاق وبقاء العصمة لا يُحصِّل هذا، وذلك كالعوض في الخلع أن المقصود منه زوال العصمة، وإلا لم يستفد بالعوض شيئاً، وإذا كان ابتداء فلم يستحق عليه في مقابلته ما يقتضى نوعاً منه دون غيره..

وألفاظ الرد أن تقول: قد قبلت أمري أو قبلت ما ملكتني أو رضيت أمري أو ما أشبه هذا، فهذا يحتمل الأمر الذي هو البقاء على الزوجية والأمر الذي هو الفراق فأي الأمرين فسرت به مرادها قبل منها[1][2].

فصل[2. في تخيير الزوجة]

والتخيير على ضربين: تخيير في أعداد الطلاق، وتخيير في النفس، فالأول مثل أن يقول: اختاريني أو اختاري طلقة أو طلقتين فيكون على ما قاله، ولا يكون لها اختيار زيادة على ما جعل لها، والثاني مثل أن يقول: اختاريني أو اختاري نفسك، وذلك عندنا عبارة عن اختيار ما تنقطع به العصمة فلا يكون في المدخول بها بأقل من ثلاث، فإن اختارت كان ذلك لجعله ذلك إليها وتمليكها إياه، و إن اختارت دون الثلاث لم يكن ذلك إبطالاً لحقها ولم يلزمه[3] طلاق أصلاً لا ما اختارته ولا ما جعله إليها، هذا قول مالك، وقال عبد الملك: إذا اختارت ما دون الثلاث كان ذلك اختيار منها للثلاث وتبين منه[4].

فوجه قول مالك: أنها اختارت ما لم يجعل إليها اختياره دون ما جعل لها فلم تكن بذلك مختارة لما جعل لها اختياره أصله لو اختارت شيئاً يخالف ما هما فيه، فلا خلاف أن ذلك قطع لخيارها.

ووجه قول عبد الملك: أن اختيار التبعيض فيما لا يتبعض اختياراً له بكماله، فإذا ثبت هذا فإنما قلنا: إن الخيار في النفس يقتضى زوال العصمة؛ لأن مفهومه اختيار البقاء على الزوجية أو الانفكاك عنها، لأن لفظه ينفي

(1) في جملة هذه الأحكام انظر: المدونة: (2/269-27)، التفريع: (2/88-89)، الكافي: (ص: 273-275).
(2) في (م): باب.
(3) في (ق): يلزمها.
(4) انظر: المدونة: (2/268)، التفريع: (2/90)، الكافي: (ص: 272-273).

الاشتراك بينه وبينها[1]، فإذا اختارت واحدة أو اثنتين، فلم تختر نفسها لأنها قد أبقت له سبيلاً عليها ولم تختره؛ لأنها قد ثلمت عقد الزوجية والتمليك بخلاف ذلك، لأنه تمليك لإيقاع طلاق مجمل لا يقتضى زوال عصمة ولا بقائها، فإن كان مدخولاً بها فقد ذكرنا حكمها، وإن كانت غير مدخول بها فقضت بالثلاث فله مناكرتها، لأن الغرض الذي هو زوال العصمة يحصل بالواحدة بخلاف المدخول بها.

فصل[3. المملكة والمخيرة ترد ما جعل إليها]

إذا ردَّت الممَّلكة والمخيَّرة ما جعل إليها، فهي على ما كانت من الزوجية ولا يلزمه شيء خلافاً لمن ذهب إلى[2] أنه يلزمه واحدة رجعية[3] لقول عائشة -رضي الله عنها-: خيَّرنا رسول الله-ﷺ- فاخترناه[4]، فلم يعد ذلك طلاقاً، ولأن قوله: اختاريني أو اختاري نفسك فائدته أن اختيارها لنفسها ضد اختيارهاله، فإذا كان اختيارها نفسها فراقاً كان اختيارها له بقاء على الزوجية.

---

(1) في (م): لأن لفظه ينفي الاشتراك إلا بينه وبينها.
(2) إلى: سقطت من (م).
(3) روى ذلك عن الحسن كما روى كذلك عن عليّ -رضي الله عنه- وانفرد بنقله عن أحمد إسحق بن منصور (المغنى: 150/7).
(4) أخرجه البخاري في الطلاق، باب: من خير نساءه: (156/6)، ومسلم في الطلاق، باب: بيان أن تخييره المرأة لا يكون طلاقاً: (1104/2).

باب: في الإيلاء

الإيلاء في اللغة: الحلف، يقال: آلى يولي إيلاء وإلية[1]، والإيلاء الشرعي هو: الحلف بيمين[2] يلزم بالحنث فيها حكم على ترك وطء زوجته أكثر من أربعة أشهر حرة كانت أو أمة مسلمة كانت أو كتابية[3]، فإن ترك الوطء بغير يمين غير مضار أو يمين لا يلزمه لها حكماً أو حلف بيمين يلزمه الحنث فيها حكم، ولكن على ترك وطأ أَمَة أو مدة أربعة أشهر، فدونها فليس ذلك بإيلاء شرعي، واليمين في الإيلاء أن يحلف بالله أو بصفة من صفات ذاته أو بنذر صلاة أو حج أو صوم أو مشي أو صدقة أو عتق بطلان غير المولي منها، فإن كان رجعياً لزمه وَفْيَهُ بالوطئ ويحنث بأول الإيلاج ينوي الارتجاع ويتم الوطء، وإن كان ثلاثاً عند مالك يلزمه الإيلاء ويمكن منها، فإذا ابتدأ الإيلاج نزع وحرمت عليه، فلم تحل له إلا بعد زوج.

وعند عبد الملك لا يمكن وتطلق عليه ولا يلزمه إيلاء بيمين لا يلحقه ضرر[4] بالحنث فيه كقوله: والنبي والكعبة وما أشبه ذلك ويضرب للمولي أجلاً أربعة أشهر للحر، وشهران للعبد من يوم حلف ويمكن فيه منها، فإن فاء وإلا وقف بعد انقضائها، فإمّا فاء وإما طلق:

فإن فاء فهي امرأته وإن أبى فاختارت فراقه أمر بالفراق، فإن طلق وإلا طلق عليه، وله الرجعة إن فاء في العدة ويعتبر صحتها بالوطء، فإن وطئ

(1) انظر: لسان العرب: (40/14).
(2) في (ق): اليمين.
(3) وعرف الإيلاء ابن عرفة بقوله: حلف زوج على ترك وطء زوجته يوجب خيارها في طلاقه (حدود ابن عرفة ص: 202).
(4) في (م): ضرب.

فيها وإلا لم تصح وبانت منه بانقضاء العدة إلا أن يكون له عذر في امتناعه، ومن ترك الوطء مضاراً. وعرف ذلك منه وطالت المدة به كان حكمه حكم المولي، وقيل: يفرق بينهما من غير ضرب أجل، ولا إيلاء في ملك اليمين ولا تطلق عليه بمضي المدة إلا بأن يوقف فيمتنع فيكون الحكم على ما ذكرناه[1].

فصل[1. في أدلة شروط الإيلاء]

وإنما شرطنا في الإيلاء أن يترك الوطء بيمين لما بيناه من أن الإيلاء الحلف في اللغة، وقد قال تعالى: ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾[2]، وإنما شرطنا في الإيلاء أن يكون بيمين يلزمه بالحنث[3] فيها حكم؛ لأن اليمين التي لا يتعلق بالحنث فيها حكم ولا ضرر ولا غرم ووجودها وعدمها سواء، فكان الحالف بها كالممتنع بغير يمين، ولا خلاف أن اليمين بالله وصفات ذاته يتعلق بها الإيلاء، وأما الحلف بغيرها فيلزمه عندنا خلافا للشافعي في قوله: إنه لا يكون مولياً إلا إذا حلف بالله فقط[4]؛ لقوله تعالى: ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ﴾[5] فعم، ولأنه يمين يلحق الضرر بالحنث فيها أو يلزمهن حكم بذلك كاليمين بالله.

فصل[2. اشتراط الحلف على ترك وطء زوجته في الإيلاء]

وإنما شرطنا: أن يحلف على ترك وطء زوجته؛ لأن الايلاء حلف على الامتناع من وطء من لها حق في الوطء مضاراً بذلك، والأمة لا حق لها في

---

(1) في جملة أحكام الإيلاء انظر: المدونة: (320/2-335)، والتفريع: (91/2-93)، الرسالة: (ص: 204)، الكافي: (ص: 279-282).
(2) سورة البقرة، الآية: 226.
(3) في (ق): بالحكم.
(4) انظر: الأم: (265/3)، مختصر المزني (ص: 198-199)، الإقناع (ص: 155).
(5) سورة البقرة، الآية: 226.

الوطء فلا يكون مضاراً بها إذا حلف على ترك وطئها، وإنما سوينا بين الزوجات في ذلك لتساويهن وإن لكلهن[1] حقاً في الوطء.

فصل[3. اعتبار الإيلاء بالحلف بغير الله وصفاته]

وإنما قلنا: إنه يكون مولياً بحلفه بطلاق غيرها لأنها يمين يلحقه[2] الضرر بالحنث فيها، ووجه قول مالك: إنه يكون مولياً إذا حلف بطلاقها ثلاثاً أنه حلف[3] على ترك وطئها بيمين يلزمه بالحنث فيه حكم كالحالف بطلاق غيرها، ولأنه معنى يحرم وطئها عليه فجاز إذا حلف به أن يكون مولياً أصله الظهار، ووجه قول عبد الملك ما احتج به له وهو قوله: إنه لا يمكنه الفيء إلا بالحنث ولا يصل إلى الحلال منه إلا بالحرام وذلك ممنوع، وإذا لم يمكن الفيء وجب الفراق ولا معنى مع ذلك لضرب الأجل لأن ما لم يراد مقتدر، فأما إذا كان الطلاق رجعياً فيصل إلى الفيء وعلى وجه وجائز، فإن نوى الارتجاع مع الإيلاء فيكون جميع الوطء حلالاً.

فصل[4. في ضرب أجل أربعة أشهر للمولي]

وإنما قلنا: إنه يضرب له أجل[4] أربعة أشهر لقوله تعالى: ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾[5]، وإنما قلنا: إن أجل العبد شهران خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[6]؛ لأنه معنى يتعلق به حكم البينونة فوجب نقصانه فيه عن الحر أصله الطلاق.

---

(1) في (ق) و(ر): في أن لهن.
(2) في (م): يلحقها.
(3) في (م): حالف.
(4) في (ق): لها أجلاً.
(5) سورة البقرة، الآية: 226.
(6) انظر: مختصر الطحاوي: (ص 207)، الأم: (271/5)، مختصر المزني: ص: 199.

فصل[5.بداية أجل الإيلاء]

وإنما قلنا: إن الأجل من يوم حلفه؛ لأنه من ذلك الوقت صار مولياً ومعتقداً الإضرار بالمرأة بالحلف على ترك حقها، وإنما قلنا: إنه يمكن منها في الأجل، لأنه مضروب له فلا يمنع مما يؤدي إلى إزالة الضرر الذي هو مأخوذ بإزالته إلا أن هذا الفيء لا توجبه عليه بعد انقضاء الأجل لأن الأجل مضروب له، فإن فاء في الأجل حنث وزال حكم الإيلاء عنه، وإن انقضى ولم يف طولب بذلك فيما بعد، وإنما لم نوجب عليه الفيئ في المدة وأخذناه به بعدها خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن المدة مضروبة ليفيء فيها أو تبين منه بانقضائها[1]؛ لأنه حق له بدليل قوله تعالى[2]: ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾[3]، فأضافها إلى المولي وجعلها حقاً له وجعل الفيء حقاً عليه للمرأة، وما كان حقاً للإنسان فلا يكون محلاً لحق عليه بدليل أن الآجال في الديون لما كانت حقاً لمن عليه الدين لم تكن محلاً للدين الذي عليه.

فصل[6. في أنها تطلق بعد مضى الأجل]

وإنما قلنا: لا تطلق بمضي الأجل خلافاً لأبي حنيفة[4]؛ لقوله تعالى: ﴿ فَإِن فَآءُو ﴾[5]، فجعل له الفيئ بعد المدة، وذلك يتضمن بقاء الزوجة، ولأنه تعالى جعل الفيئ والطلاق متعلقين لفعله لقوله تعالى: ﴿ فَإِن فَآءُو .... وَإِنْ عَزَمُواْ ٱلطَّلَٰقَ ﴾[6]، ولأنهما يمين بالله فلم يلزمه بها الطلاق أصله إذا

---

(1) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 210)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (60/3).
(2) تعالى: سقطت من (م).
(3) سورة البقرة، الآية: 226.
(4) انظر: مختصر الطحاوي (ص:210)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (60/3)، تحفة الفقهاء: (206-205/1).
(5) سورة البقرة، الآية: 226.
(6) سورة البقرة، الآيتين: 226-227.

حلف على أقل من أربعة أشهر، ولأنها مدة ضربت بالشرع لم يتقدمها فرقة فلم يكن مضيها بينونة أصله من العنة.

فصل[7. إذا مضى الأجل يؤخذ المولى بالفيئ أو الطلاق]

وإنما قلنا: إنه يؤخذ بعد مضى الأجل بالفيئ أو الطلاق؛ لقوله تعالى: ﴿ فَإِن فَآءُو .... وَإِنْ عَزَمُواْ ٱلطَّلَٰقَ ﴾[1]، ولأنه مأخوذ بإزالة الضرر عنها، فإن فاؤوا فلا إزالة بالطلاق إذا طالبت به، فإن طلق وإلا طلق الحاكم عليه، خلافاً للشافعي في قوله: إنه لا يطلق عليه ولكن يحبس ويضيق عليه حتى يطلق بنفسه[2]؛ لأنه طلاق مستحق عليه لإزالة الضرر، فجاز أن يليه الحاكم عند امتناعه منه أصله طلاق المعسر بالنفقة.

فصل[8. في أن طلاق المولي يكون رجعياً]

وإنما قلنا: إن الطلاق يكون رجعياً إذا لم يطلق هو ثلاثاً أو يكمل به عدد الثلاث خلافاً لأبي ثور في قوله: إن الطلاق يقع بائناً[3]؛ لقوله تعالى: ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوٓاْ إِصْلَٰحًا ﴾[4]، ولأنه طلاق مجرد صادف اعتداداً قبل استيفاء العدد، فوجب أن يكون رجعياً أصله غير المولي.

فصل[9. في كون الرجعة معتبرة في الإيلاء]

وإنما قلنا: إن الرجعة لا تقع منبرمة؛ لأن كل طلاق وقع لأجل ضرر، فالرجعة فيه معتبرة بزوال ذلك الضرر، فإن زال الضرر صحت وصار كطلاق المبتدأة، وإن لم يزل لم تصح؛ لأنها لو صحت لم ينفع الطلاق شيئاً فاحتيج إلى أن يطلق عليه ثانياً والطلاق الأول كاف.

---

(1) سورة البقرة، الآيتين: 226-227.
(2) انظر: الأم: (271/3-272)، مختصر المزني (ص: 199-200)، الإقناع (ص: 156).
(3) انظر: المغني: (331/7).
(4) سورة البقرة، الآية: 228.

فصل[10. فيما إذا لم تصح الرجعة]

وإنما قلنا: إن الرجعة إذا لم تصح بانت منه ولم يحتج إلى ضرب أجل ثان خلافاً للشافعي[1]؛ لأنها مدة ضربت لإزالة ضرر بترك الوطء فلم تضرب ثانية كأجل العنين[2].

فصل[11. فيمن ترك الوطء مضاراً دون يمين]

وإنما قلنا: إذا ترك الوطء ومضاراً وطال ذلك منه كان له حكم المولى؛ لأن الإضرار بها موجود لا طريق إلى إزالته إلا بضرب الأجل، فكان كالحالف، ووجه القول إنه لا يضرب له أجل وتطلق عليه، لأن الأجل للحالف وهذا غير حالف.

فصل[12. في تصديقه إذا كان له عذر في ترك الوطء]

وإنما قلنا: إنه يصدق إذا كان له عذر من مرض أو حبس أو غيره؛ لأن الظاهر أن ترك الوطء لأجله، وإنما يحمل على الإضرار إذا لم يكن له ما يحمل عليه غيره وتصديق ذلك أن يكفر عن يمينه أو يلتزم ما يلتزمه الحانث، فإن لم يفعل عرف كذبه والله أعلم.

---

(1) انظر: الأم: (3/272-273)، الإقناع (ص: 56).

(2) في (م): العنة.

باب: الظهار

الظهار[1]، محرم[2]؛ لقوله تعالى: ﴿ ٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَآئِهِم مَّا هُنَّ أُمَّهَٰتِهِمۡۖ إِنۡ أُمَّهَٰتُهُمۡ إِلَّا ٱلَّٰٓـِٔي وَلَدۡنَهُمۡۚ وَإِنَّهُمۡ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ ٱلۡقَوۡلِ وَزُورًا ﴾[3]، ففيها على تحريمه أدلة: أحدها إكذابهم في تشبيههم الزوجة بالأم، والأخرى إخباره بأنه قول منكر وزور، والثالث إخباره بأنه تعالى يعفو ويغفر[4].

فصل[1.في حقيقة الظهار]

حقيقة الظهار[5] تشبيه المرأة المحللة له بظهر[6] من تحرم عليه، وصريحه أن يقول: أنت علي كظهر أمي، وهو الذي ورد الظاهر به ثم يجري غيره مجراه في كونه ظهاراً، وتعلق الأحكام به فكان من تظاهر بمحرمة عليه على التأبيد بنسب أو رضاع أو مهر، فإنه مظاهر مثل أن يقول: أنت علي كظهر أبي أو ابنتي أو أختي أو سائر ما يحرم عليه القرابات من نسب أو رضاع أو امرأة أبيه أو ابن أو أم أم زوجته أو بنتها وقد دخل بالأم، ولا فرق بين الظهر وغيره من الأعضاء ولا بين تشبيه بالجملة أو البعض بالبعض أو البعض بالجملة من أي الطرفين كان.

---

(1) **الظهار:** من الظهر إذا قال لامرأته: أنت على كظهر أمي، وقيل: إنما خص ذلك بذكر الظهر، لأن الظهر من الدابة موضع الركوب والمرأة مركوبة، وفي الاصطلاح: تشبيه زوج زوجه، أو ذي أمة حل وطؤه إياها بمحرم، أو بظهر أجنبية في تمنعه بهما، والجزء كالكل والمعلق كالحاصل (انظر: حدود ابن عرفة ص: 205، المصباح المنير (ص: 388)).

(2) انظر: المدونة: (295/2)، التفريع: (94/2-96)، الرسالة: (ص: 204)، الكافي: (ص:282-284).

(3) سورة المجادلة، الآية: 2.

(4) في (ق): ويكفر. وفي (ر): يغفر عنهم.

(5) في (ق): حقيق.

(6) في (م): ظاهر.

والجملة بالجملة أن يقول: أنت علي كأمي أو مثل أمي، والبعض بالبعض مثل أن يقول: فرجك علي كظهر أمي وما أشبه ذلك.

والبعض بالجملة أو الجملة بالبعض كقوله: أنت علي كظهر أمي أو فرجك علي كأمي، فأما التي لا تحرم بالتأبيد كالجارة وسائر الأجنبيات، فإنه ظهار عند مالك وطلاق عند عبد الملك، ويلزم الظهار فيمن تحل بالملك من أمته أو أم ولده(1).

فصل[2. لزوم الظهار في ذوات المحارم بالنسب والرضاع]

وإنما قلنا: إن الظهار في ذوات المحارم بالنسب والرضاع خلافاً للشافعي في أحد قوليه(2) فيما عدا الأمهات والجدات، لأن البنوة والأخوة نسب متأبد التحريم كالأمومة، وإنما سوينا بين الرضاع والصهر وبين النسب لأنه معنى يقتضي حرمة يوجب التحريم المؤبد كالنسب، وإنما سوينا بين الظهر وبين سائر الأعضاء في لحوق الظهار بتشبيهه بها خلافاً للشافعي في قوله: إن الظهار لا يلزم إلا في الظهر وحده،(3)، ولأبي حنيفة في قوله: إنه يلزم في كل عضو يحرم النظر إليه(4)، لأنه عضو من ذات محرم منه شبه امرأته به كالظهر، وإنما لم نفرق بين التشبيه من أي الطرفين كان لأن المعنى حاصل وهو تشبيه الفرج المحلل بالفرج المحرم.

فصل[3. إذا قال: أنت علي كأمي أو كمثل أمي يكون مظاهراً]

وإنما قلنا: إنه إذا قال: أنت علي كأمي أو مثل أمي، فإنه ظهار نوى أو لم ينو، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما: إنه إذا لم ينو الظهار حمل

---

(1) في جملة هذه الأحكام انظر: المدونة: (2/295-305)، التفريع: (2/94-96)، الرسالة: (ص: 204)، الكافي: (ص:382-384).
(2) انظر: الأم: (5/277)، مختصر المزني (ص: 203)، الإقناع (ص: 156-157).
(3) انظر: الأم: (5/278-279)، مختصر المزني (ص: 203)، وقال الماوردي: "...أو كبطنها أو كظهر امرأة لم تحل له قط.."الإقناع: (ص: 156).
(4) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 212)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (3/68).

على البر والكرامة[1]؛ لأنه إذا أطلق تشبيه امرأته بأمه فلم ينفك من تحريم به كالنص على الظهر.

فأما الظهار من الأجنبية فوجه قول مالك في ثبوته إنه شبه امرأته بظهر محرمة عليه كالأم، ووجه كونه طلاقاً أن الظهار يتعلق بتحريم مؤبد، وذلك منتف في الأجنبية والتشبية بها[2] يقتضى أن تحرم كتحريمها، وليس ذلك إلا برفع عقد الاستباحة وذلك لا يكون إلا بالطلاق.

وإنما قلنا: إن الظهار يلزم في مالك اليمين خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[3]؛ لقوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمۡ ﴾[4] فعم، ولأنه فرج محلل له فصح ظهاره منه كالزوجة.

فصل[4. الظهار في الأجنبية]

يلزم عقد الظهار في الأجنبية بشرط التزويج عم أو خص بخلاف الطلاق الذي لا يلزم عمومه ويلزم خصوصه[5]، فأما لزومه بشرط العقد فلأنه معنى يحرم الوطء كالطلاق، وأما جواز عمومه فلأنه لا يسد على نفسه استباحة البضع بذلك الجنس بخلاف الطلاق.

فصل[5. متى تجب كفارة الظهار]

ولا تجب الكفارة بنفس التظهر دون العقد[6] خلافاً لما يحكى عن مجاهد[7]؛ لقوله عزَّ وجَّل: ﴿ وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمۡ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ

---

(1) انظر: مختصر القدوري مع شرح الميداني: (69/3)، الأم: (279/5).

(2) في (م): به.

(3) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 212)، الأم: (276/5)، الإقناع (ص: 157).

(4) سورة المجادلة، الآية: 3.

(5) في (ق): خصه.

(6) انظر: المدونة: (306/2-307)، التفريع: (95/2)، الرسالة: (ص: 204)، الكافي: (ص:284).

(7) **مجاهد:** الإمام أبو الحجاج المكي مولى السائب بن أبي السائب المخزومي ، روى عن ابن عباس وعن أبي هريرة وعائشة وغيرهم، وحدث عنه عكرمة وطاووس وعطاء، ثقة إمام في التفسير وفي العلم (ت103هـ) وله ثمانون (تقريب التهذيب، ص: 520، شذرات الذهب، 125/1).

﴿فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ﴾[1]، فعلق الوجوب بشرط زائد وهو العود، ولأن الظهار يمين فلا تجب الكفارة إلا بالمخالفة، والعود فيها هو الحنث كسائر الأيمان أن المخالفة هي الحنث.

فصل[6. معنى العود للمظاهر]

الظاهر من مذهبنا أن العود هو العزم على الوطء فقط، وقيل: العزم على الوطء والإمساك، وقيل: هو الوطء نفسه[2]، وقال الشافعي: هو أن يمكنه أن يطلق فلا يفعل[3]، وقال داود: هو تكرار القول وإعادته[4].

ودليلنا أن العود هو المخالفة وذلك إنما يكون بالعزم على الوطء؛ لأن الظهار إنما يقصد به تحريم الوطء دون العقد، فإذا حصل ذلك فقد وجدت المخالفة، ووجه القول بأنه الوطء أنّ، مقتضى الظهار تحريم الوطء والعود هو الإقدام عليه دون العزم؛ لأن الإقدام هو مخالفة الكف والامتناع.

ودليلنا على الشافعي قوله تعالى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ﴾[5]، وثم للتراخي، فيجب أن يكون ذلك من صفات العود، وفي القول بأنه الإمساك عقيب الظهار إيجاب اتصاله به وذلك خلافا للظاهر، ولأن العود[6] لو كان هو الإمساك لم ينتف بالطلاق الرجعي لأنه[7] لا ينفي الإمساك.

ودليلنا على داود أن العود هو بالمخالفة؛ لأنه سبب وجود[8] الكفارة كالحنث في اليمين، ولأنها كفارة تتعلق بفعل من جهته فلم يفتقر إلى تكراره أصله كفارة القتل.

---

(1) سورة المجادلة، الآية: 3.
(2) انظر: التفريع: (95/2)، الكافي: (ص:285).
(3) انظر: الأم: (279/5)، الإقناع (ص: 156).
(4) انظر: بداية المجتهد: (111/7)، المغني: (353/7)، نيل الأوطار: (294/6).
(5) سورة المجادلة، الآية: 3.
(6) في (م): القول.
(7) لأنه: سقطت من (م).
(8) في (م): بوجوب.

فصل[7. تحريم الوطء وجميع أنواع الاستمتاع بالظهار]

الظهار يحرم الوطء وجميع أنواع الاستمتاع: من الوطء فيما دون الفرج والقبلة واللمس للذة[1]، خلافا للشافعي في قوله: إنه لا يحرم إلا الوطء فقط[2]؛ لقوله تعالى: ﴿ فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ مِّن قَبۡلِ أَن يَتَمَآسَّا ﴾[3] فعم، ولأنه استمتاع كالوطء.

فصل[8. كفارة الظهار]

إذا ثبت أن الكفارة تجب بالعود فهي ثلاثة أنواع: إعتاق وصيام وإطعام، وهي على الترتيب دون التخيير، والأصل في هذه الجملة قوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمۡ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿ فَمَن لَّمۡ يَجِدۡ فَصِيَامُ شَهۡرَيۡنِ مُتَتَابِعَيۡنِ مِن قَبۡلِ أَن يَتَمَآسَّاۖ فَمَن لَّمۡ يَسۡتَطِعۡ فَإِطۡعَامُ سِتِّينَ مِسۡكِينٗاۚ ﴾[4]، وكذلك في حديث أوس بن الصامت[5] وسلمة بن صخر[6][7]، ولا خلاف فيه[8].

فصل[9.الرقبة المعتقة في كفارة الظهار]

فأما الإعتاق فلا يجزي فيه إلا تحرير رقبة مؤمنة ليس فيها شرك[9] ولا عقد عتق من تدبير أو استيلاد أو كتابة أو قرابة تستحق العتق بنفس الملك، وقد دللنا على هذا كله في كفارة الأيمان[10] بما يغني عن رده، ولا تجزيء إلا

---

(1) المدونة: (304/2)، التفريع: (95/2-96)، الكافي: (ص:283).
(2) انظر: مختصر المزني ص: (202-203)، المهذب: (114/2)
(3) سورة المجادلة، الآية: 3.
(4) سورة المجادلة، الآيتين: 3-4.
(5) **أوس بن الصامت:** الأنصاري، الخزرجي، أخو عبادة بدري، وهو الذي ظاهر من امرأته قال ابن حبان: مات أيام عثمان وله خمس وثمانون (تقريب التهذيب 116).
(6) **سلمة بن صخر:** بن سلمان بن الصمة الأنصاري الخزرجي ويقال له: البياضى صحابي ظاهر من امرأته، قال البغوى: لا أعلم له مسنداً غيره (تقريب التهذيب، 347).
(7) أخرجه أبو داود في الظهار: (660/2)، والترمذي في الطلاق، باب: كفارة الظهارة، (503/3)، وقال حديث حسن، وابن ماجه في الطلاق، باب: الظهار: (665/1)، والحاكم: (203/3)، وقال: صحيح الإسناد.
(8) انظر: الإجماع، ص: (106-107)، بداية المجتهد، (117/7)، المغني: (359/7-362-368).
(9) في (ق): شيء.
(10) انظر: الصفحة: (641-642) من الكتاب.

سليمة من العيوب ولا يجزئ أقطع اليدين ولا أشلهما لأنه عيب يمنع نوعاً من المنفعة بكماله كالجنون ولا يجزئ أقطع واحدة خلافاً لأبي حنيفة[1]؛ لأنه عضو يقطع في السرقة، فكان فقده مانعاً من الإجزاء كاليدين، ولا يجزيء مقطوع الإبهامين من اليدين والرجلين، وكذلك الإبهام الواحدة؛ لأن قوة الأصابع بالإبهام، فإذا فقدت انحلت قوة بقية الأصابع وضعفت فأثر ذلك في ضعف التصرف ونقص[2] العمل، والأصبع الواحدة غير الإبهام مختلف فيه، فأما قطع الأنملة وطرف الأصبع، فإنه يسير لأنه لا يوقع نقصاً في المنافع بيناً ولا يضر في منع التصرف إضراراً شديداً، وأقطع الأذنين لا يجزيء لأنهما عضوان فيهما منفعة وهو حوش[3] الصوت إلى السمع ودفع الضرر عنه، ولأن في ذهابهما تشويهاً بالخلق.

فصل[10. إذا كان العبد أعمى لا يجزيء]

ولا يجزيء الأعمى لأن بذهاب البصر يصير في حكم الزمن الذي لا تمكنه الحركة ولا التصرف، واختلف في الأعور فقال مالك: يجزى لأن العين الواحدة تقوم له مقام العينين أو قريباً منهما، فكان كمن بعينيه ضعف، وقال عبد الملك: لا يجزيء، لأنه فقد ما يجب به شطر الدية كأقطع اليد.

واختلف في الأصم فإذا قيل: يجزيء فلأن ذهاب السمع لا يضر بالعمل ولا بالتصرف الإضرار الشديد، ولأن أكثر ما فيه صعوبة[4] فهمه بالكلام وذلك يوصل إليه بما يقوم مقامه من الإشارة، فإذا قيل: إنه لا يجزيء فلأنه نوع منفعة كاملة تضر بالعمل كالعمى وهو فرع النظر، والخرس يمنع

---

(1) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 213)، مختصر القدوري- مع شرح الميداني: (3/70-71).
(2) في (ق): تقطع.
(3) في (ر): حسوس.
(4) في (ق): معونة.

الأجزاء[1] خلافاً للشافعي[2]، وإن كان معه صمم فهو أبين لأن فقد الكلام يجري مجرى فقد البصر واليد والرجل؛ لأنه يضر بعمله وينقص تصرفه ويصعب إفهامه ونقل رغبة الناس فيه، والمجنون لا يجزيء لأن فقد العقل أعظم من فقد جميع ما ذكرناه في انقطاع التصرف والعمل.

فصل[11.في اشتراط التتابع في الصيام]

فأما اشتراطنا التتابع في الصيام فلقوله تعالى: ﴿**فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ**﴾[3]، وكذلك في حديث[4] أوس وسلمة بن صخر ولا خلاف فيه[5].

فصل[12. الإطعام في كفارة الظهار]

فأما الإطعام إذا لم يطق الصيام فهو أن يطعم ستين مسكيناً مداً بمد هشام[6] وقد اختلف في مقداره، فقيل: مدان بمد النبي -ﷺ-، وقيل: أقل من مدين[7].

فصل[13. في عدد الإطعام]

وإنما شرطنا العدد للنص الوارد فيه والخبر، وقد ذكرناه في الأيمان[8]، وإنما شرطنا مد هشام؛ لأن ذلك غالب الشبع في العادة، ولأنها كفارة تنتقل من صيام إلى إطعام أبهمت في الظاهر فوجب الزيادة فيها على مد اعتباراً بكفارة الأذى.

---

(1) انظر: المدونة: (2/313-315)، التفريع: (2/96-97)، الرسالة: (ص:204).
(2) انظر: الأم: (5/282)، الإقناع (ص: 157).
(3) سورة المجادلة، الآية: 4.
(4) سبق تخريج الحديث قريباً.
(5) انظر: الإجماع، (ص: 107)، بداية المجتهد، (7/117)، المغني: (7/362).
(6) مد هشام: وهو قدر مد وثلثين من أمداده ﷺ، وقيل: قدر مدين من أمداده ﷺ (انظر الفواكه الدواني:2/52).
(7) انظر: المدونة: (2/309-310)، التفريع: (2/96)، الرسالة: (ص: 204)، الكافي: (ص: 285).
(8) راجع الصفحة: (641).

فصل[14. منع الوطء قبل التكفير]

ولا يجوز أن يطأ[1] قبل التكفير[2] لقوله تعالى: ﴿ مِن قَبۡلِ أَن يَتَمَآسَّا ﴾[3]، فإن فعل فقد أثم، ولا يلزمه أكثر من الكفارة خلافاً لمن حكي عنه أنه يلزمه كفارة أخرى[4]؛ لأنه وطيء بعد استقرار وجوب الكفارة عليه كالثاني والثالث.

فصل[15. عدم سقوط الكفارة عمن وطيء قبل التكفير]

ولا تسقط الكفارة عنه[5] خلافاً لمن يحكى عنه[6] لحديث أوس لما أخبر النبي -ﷺ- بأنه وطئ امرأته فأمره بالكفارة[7]، ولأنه ليس في تقديم الوطء على الكفارة أكثر من ركوب الإثم والعود الموجب لها حاصل فلم يؤثر في سقوطها.

فصل[16. الوطء في خلال كفارة الصيام أو الإطعام]

ولا يجوز أن يطأ في خلال الصيام أو الإطعام ليلاً ولا نهاراً، فإن فعل استأنف[8]، خلافاً للشافعي[9]، لقوله عزَّ وجَّل: ﴿ فَصِيَامُ شَهۡرَيۡنِ مُتَتَابِعَيۡنِ مِن قَبۡلِ أَن يَتَمَآسَّا ﴾[10]، وهذا الشرط عائد إلى الجملة والإبعاض، ولأن كل زمان يمتنع[11] الوطء لإيقاع عبادة فيه، فإن ذلك الوطء يوجب استئنافه ولا

---

(1) في (م): الإيلاء وهو خطأ.

(2) انظر: المدونة: (2/304-305)، التفريع: (2/95-96)، الرسالة: (ص: 204).

(3) سورة المجادلة، الآية: 3.

(4) حكى عن عمرو بن العاص وقبيصة وسعيد بن جبير والزهري وقتادة: أن عليه كفارتين المغني: (7/383).

(5) انظر: المدونة: (2/304-305)، التفريع: (2/95-96)، الرسالة: (ص: 204)، الكافي: (ص: 284-285).

(6) قال الصاحب المغني: حكى عن بعض الناس ولم يصرح عنهم (المغني: 7/383).

(7) سبق تخريج الحديث.

(8) انظر: المدونة: (2/308-309)، التفريع: (2/96)، الرسالة: (ص: 204)، الكافي: (ص: 285).

(9) انظر: مختصر المزني: (ص: 206)، الإقناع: (ص: 157).

(10) سورة المجادلة، الآية: 3.

(11) في (م): يمنع.

يختلف بزمان الليل والنهار أصله الحج والصلاة، ولأنه وطء في الزمان الذي حرم عليه الوطء فيه بفعل الصيام عن ظهاره كالوطء نهاراً.

فصل[17. في كفارة العبد في الظهار]

وكفارة العبد مثل كفارة الحر إلا أنه لا يصح منه التكفير بالإعتاق أذن له سيده أو لم يأذن له ويكفر بالصيام، فإن عجز عنه كفر بالإطعام إذا أذن له سيده عند ابن القاسم، وإن منعه منه انتظر القدرة على الصيام، وعند غيره لا يجزيه[1]، وإنما قلنا: إن كفارته لا تنقص عن كفارة الحر؛ لأنه لم يعتبر فيها الفضيلة وتأكد الحرمة كالطلاق والحدود واعتباراً بكفارة الصيد واليمين. وإنما قلنا: إنه لا يصح أن يكفر بالعتق لأن الولاء لا يثبت له مع رقه ولا يرجع إليه إن عتق ولا يصح الإعتاق إلا لمن يثبت له الولاء. وإنما قلنا: إنه يكفر بالصيام لأنه عاجز من الإعتاق فكان فرضه الصيام، ووجه تجويز الإطعام اعتباره بالحر، ولأنه يملكه من جميع وجوهه بخلاف الإعتاق، ووجه منعه فلأنه ليس من أهل الأملاك المستقرة فكان فرضه الصيام وبالله التوفيق[2].

---

(1) انظر: المدونة: (307/2)، التفريع: (97/2)، الكافي: (ص: 286).
(2) وبالله التوفيق: سقطت من (م).

باب: في اللِّعان

اللعان[1] ثابت بدليل الكتاب والسنة والإجماع[2]، فالكتاب قوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ﴾[3] الآيات، والسنة حديث العجلاني[4] لما قال: يا رسول الله، أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقتله فتقتلونه أم كيف يصنع، فقال رسول الله-ﷺ-: قد أنزل الله تعالى فيكما قرآناً ولاَعَنَ ﷺ بينهما[5]، وحديث هلال بن أمية[6] وشريك[7] [8]، وفيه ضرب من المعنى وهو أن النسب يلحق بالفراش ولا يمكنه إقامة البينة وبه ضرورة إلى نفي نسب ليس منه، فجعل له الطريق إلى نفيه وهو اللعان، ولولا ذلك لم يكن له طريق إلى قطعه عنه ولفسدت الأنساب واختلط الصحيح منها بالفاسد.

---

(1) اللعان لغة المباهلة (الصحاح: 2196/6).
وفي الاصطلاح قال ابن عرفة: هو حلف الزوج على زنا زوجته أو نفي حملها اللازم له وحلفها على تكذيبه إن أوجب نكولها حدها بحكم قاض (انظر حدود ابن عرفة ص: 210).

(2) انظر الإجماع (ص: 107)، بداية المجتهد: (127/7)، شرح مسلم- النووي: (315/3)، فتح الباري: (362/2).

(3) سورة النور، الآية: 6.

(4) **العجلاني:** عاصم بن عدى بن الجد بن العجلان الأنصاري، صحابي شهد أحُداً، مات في خلافة معاوية، وقد جاوز المائة، وفي الصحيح حكاية ابن عباس قصة الملاعنة (تقريب التهذيب، ص: 285).

(5) أخرجه البخاري في الطلاق، باب: اللعان ومن طلق بعد اللعان: (177/6)، ومسلم في اللعان: (1129/2)، مالك: (566/2-567).

(6) **هلال بن أمية**: بن عامر بن قيس بن عبد الأعلم بن عامر بن كعب بن واقف الأنصاري الواقفى شهد بدراً، وهو أحد الثلاثة الذين تيب عليهم (الإصابة 289/6).

(7) شريك: بن سحماء وهي أمة، وأبيه عبدة بن متعب بن الجد بن عجلان البلوى، حليف الأنصاري (الإصابة 206/3).

(8) الحديث أخرجه البخاري في الطلاق، باب: قول الإمام اللهم بين: (181/6).

فصل[1. فيما يكون اللعان]

واللعان بين كل زوجين حرين كانا أو عبدين أو أحدهما عدلين أو فاسقين[1]، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن اللعان لا يثبت إلا من زوجين يكونان أو أحدهما من أهل الشهادة[2]، ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ﴾[3] الآية وهذا عام، ولأن كل زوج صح قذفه صح لعانه أصله الحر، ولأن كل معنى صح أن يخرج به القذف من كان من أهل الشهادة صح أن يخرج به منه من ليس من أهلها أصله البينة، ولأن الضرورة إلى نفي النسب الذي ليس منه لما كان له قذف (زوجته جائزاً معها بخلاف الأجنبي الذي لا ضرورة به إلى قذف)[4] غيره أوجب ذلك اختلافهما في اللعان لاختلافهما في الضرورة الداعية إلى ما يوجبه وهذا يشترك فيه من كان من أهل الشهادة ومن ليس من أهلها.

فصل[2. في كون اللعان يمين]

اللعان عندنا يمين[5] خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إنها شهادة[6]، وفائدة الخلاف أنه يصح ممن تقبل شهادته ومن لا تقبل شهادته[7]؛ لقوله -ﷺ- في حديث هلال ابن أمية إن جاءت به على نعت كذا وكذا، فهو لشريك فجاءت به على النعت المكروه، فقال ﷺ: "لولا الأيمان لكان لي ولها شأن"[8]، ولأنه يخالف الشهادة في كثير من شروطها، منها دخول النساء

---

(1) انظر: المدونة: (2/335-336)، التفريع: (2/97)، الرسالة: (ص: 204)، الكافي: (ص: 286-287).
(2) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 215)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (3/74).
(3) سورة النور، الآية: 6.
(4) ما بين قوسين: سقط من (م).
(5) انظر: التفريع: (2/99)، الكافي: (ص: 288-289).
(6) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 216)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (3/76)، تحفة الفقهاء: (1/217).
(7) شهادته: سقطت من (م).
(8) سبق تخريج الحديث.

فيه ولا مدخل لهن في الشهادة[1] على الزنا وتكرار ألفاظه ولعن الملتعن نفسه إن كان يشهد به بخلاف ما هو به وجوازه من الفاسقين وإن لم يكونا من أهل الشهادة وكذلك الأعمى.

فصل[3. فيما وضع له اللعان]

اللعان موضوع لرفع النسب وسقوط الحد في القذف، فإذا قذف الرجل امرأته بالزنا، فإن ادعى رؤية وحقق ذلك ووصفه كما يصف الشهود في الزنا فله أن يلاعن: (ويسقط الحد عن نفسه فإن اقتصر على مجرد قذفها من غير ادعاء وصفه[2] فقيل يلاعن)[3]، وقيل: يحد ولا يلاعن إن كانت ممن يحد قاذفها، وهذا كله إن لم يطأها[4] بعد رؤيته، فأما إن زعم أنه وطئها[5] بعد ذلك حد ولم يلاعنها، وإذا لاعن لرؤية الزنا ثم أتت بولد ففيه روايتان: إحداهما سقوطه عنه والأخرى لحوقه به، وإذا التعن سقط الحد عنه ولزمها إسقاطه باللعان، فإن التعنت وإلا حدت.

فصل[4. اللعان يكون بالرؤية ويبدأ بالزوج]

وإنما قلنا: إنه يلاعن بالرؤية لقوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ ﴾[6] الآية، ولأن الحد متوجه عليه إذا كانت ممن يحد قاذفها فله أن يخلص نفسه منه باللعان ولذلك بدئ بالالتعان؛ لأن الحد متوجه عليه بالظاهر وبذلك ورد النص، ولأنه ﷺ بدأ بهلال بن أمية في اللعان[7]؛ ولأن الزوج هو القاذف واللعان يخلصه من القذف فإن أتى به وإلا حد فوجب تبديته، والمرأة لم يكن من جهتها ما

---

(1) في (م): الشهادات.
(2) في (ر): رؤية.
(3) ما بين قوسين: سقط من (م).
(4) في (ق): إذا لم يطأ.
(5) في (ق): وطء.
(6) سورة النور، الآية: 6.
(7) سبق تخريج الحديث.

يلزمها به تخلص نفسها منه بالالتعان، فإذا ثبت ذلك فإن التعن[1] سقط الحد عنه، وإن نكل حد خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إنه لا يحد ويحبس حتى يلاعن[2]؛ لقوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةٗ ﴾[3]، وقوله ﷺ لهلال بن أمية : "البينة وإلا حد في ظهرك"[4]، ولأنه قاذف لحرة مسلمة عفيفة فلزمه الحد كالأجنبي، ولأنها حرة مسلمة عفيفة قذفها من لم يحقق قذفه، فوجب أن يحد لها كالأجنبي، ولأن قول الزوج يقبل عليها أكثر من قول الأجنبي، فكان بالحد أولى.

فصل[5. سقوط الحد بالتعانه]

وإنما قلنا: إنه إذا التعن سقط الحد عنه؛ لأن لعانه جعل بمنزلة إقامة البينة عليها فلما كانت البينة تسقط الحد عنه فكذلك اللعان.

فصل[6.الحد ينتقل إلى المرأة]

وإنما قلنا: إن الحد ينتقل إلى المرأة لما ذكرناه؛ لأن اللعان كالبينة، ويدل عليه قوله تعالى عقيب ذكر لعان الزوج: ﴿ وَيَدۡرَؤُاْ عَنۡهَا ٱلۡعَذَابَ أَن تَشۡهَدَ أَرۡبَعَ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ ﴾[5] يعني نفي[6] الحد؛ لأنه معروف[7].

فإذا ثبت هذا فلها أن تخلص نفسها بالالتعان؛ فإن التعنت سقط الحد عنها، وإن نكلت حدت إما بالرجم إن كانت محصنة أو بالجلد إن كانت بكراً، وقال أبو حنيفة: لا حد عليها[8].

---

(1) فإن التعن: سقط من (م).
(2) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 215)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (75/3).
(3) سورة النور، الآية: 4.
(4) سبق تخريج الحديث.
(5) سورة النور، الآية: 8.
(6) نفي: سقطت من (م).
(7) في (ق): معرف.
(8) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 215-216)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (75/3).

ودليلنا قوله تعالى: [1]، الآية، فذكر لعان الزوج ثم عقبه بالأخبار عما يسقط عنها من العذاب المتوجه عليها بلعانه وهو أن يلتعن، فدل أن الحد قد لزمها بلعانه، وأن لها التخلص منه بأن تلتعن، ولأنه معنى يسمع في تحقيق القذف، فجاز أن يجب به الحد كالبينة.

فصل[7. صفة الرؤية في اللعان]

واختلف في وصفه الرؤية: فقيل: يجب أن يبين فيقول: رأيت فرجه يلج[2] في فرجها كما يلج المرود[3] في المكحلة كما يقول الشهود، وقيل: لا يحتاج إلى ذلك، ويكفي ادعاء الرؤية فقط[4].

فوجه الأولى أن لعانه تحصل به المعرة على المرأة، ويلزمها الحد الذي هو الرجم أو الجلد، ويخلصه من حد القذف[5] فغلظ عليه حتى إذا رأى أن الأيمان تلزمه على تلك الصفة المتحققة[6]، وعلى تفصيلها وأنه يلعن نفسه إن كاذباً ردعه ذلك وزجره إن كان غير محقق، ولأن ذلك لما لزم في الشهادة كان بأن يلزم الزوج الذي تثبت الأحكام بقوله: ودعواه أولى.

ووجه الثانية: قوله تعالى:[7]، وظاهره أن هذا القدر كاف، ولأنه حالف على رؤيته كالواصف، والفرق بينه وبين الشهود أن به الضرورة إلى القذف، ولا ضرورة بهم.

فصل[8. وجه كل من قال يلاعن بمجرد القذف أو بالرؤية]

ووجه القول بأنه يلاعن بمجرد القذف من غير ادعاء رؤية لقوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ ﴾ فعم، ولأنه قذف مضاف إلى الزوجة فجاز تحقيقه

---

(1) سورة النور، الآية: 8.
(2) يلج: سقطت من (ق).
(3) المردود: آلة معروفة.
(4) انظر: المدونة: (2/340-342)، التفريع: (2/98)، الرسالة: (ص: 204)، الكافي: (ص: 287-288).
(5) في (م): الحد.
(6) في (م): المحققة.
(7) سورة النور، الآية: 6.

باللعان أصله مضاف إلى الرؤية، ووجه القول: أنه يلاعن أن اللعان معنى يتخلص به عن حد القذف، فوجب أن يحتاج إلى رؤية أصله الشهادة، ولأن اللعان واقع على أفعال يدعيها، وذلك يتضمن الشهادة واعتباراً بالشهود.

فصل[9. في إقامة الحد عليه إذا اعترف أنه وطء بعد أن رآها تزني]

وإنما قلنا: إنه إذا اعترف أنه وطء بعد أن رآها تزني، فإنه يحد ولا يلاعن؛ لأن اللعان لا يمكن أن ينفى به النسب مع اعترافه بالوطء وثبوت حكم الفراش ولا معنى[1] لإسقاط الحد؛ لأن العادة تشهد[2] بكذبه، لأن الإنسان لا يطأ امرأته بعد أن يراها تزني فإذا ادعى ذلك فقد أكذب نفسه.

فصل[10. إذا ظهر حمل بعد التعانه]

وجه القول بأنه إذا ظهر حمل بعد التعانه بالرؤية فإنه لا يلحق به؛ لأن أصل اللعان لنفي النسب؛ لأن الضرورة إلى ذلك تدعوا دون دعوى الزنا، وإنما تجري إلى الحد؛ وإذا كان كذلك سقط الحد بلعانه وتضمن ذلك نفي حمل إن حدث وإن اعترف به بعد حد ولحق به.

ووجه القول بأنه يلحق به هو أن الالتعان الماضي كان لإسقاط الحد لأنه لم يكن هناك[3] حمل يعلمه فيقصد نفيه، فإذا ظهر حمل احتاج في نفيه إلى لعان يخصه، فإن التعن على الشرط الذي يلتعن في نفي النسب سقط عنه الحد وإلا لحق به.

فصل[11. إذا نفى حمل امرأته]

وإذا نفى حمل امرأته، فإن ادعى أنه استبرأها بعد وطئه ثم لم يطأها حتى ظهر الحمل بها فله أن يلاعنها، فإن قال لم[4] استبرئها، وهذا الحمل ليس

---

(1) معنى: سقطت من (م).
(2) شهد: سقطت من (م).
(3) في (م): هنا لك.
(4) في (م): لن.

مني فقيل له: أن يلاعن، وقيل: ليس له ذلك ويلحق به الولد ويحد، وفي قدر الاستبراء روايتان: إحداهما أنه بحيضة واحدة، والأخرى أنه ثلاثة حيض، ولا يحتاج في الالتعان لنفي الحمل المجرد إلى قذف، وله أن يلاعنها حاملاً قبل وضعها، فإذا اعترف بالحمل ثم ادعى أنه رآها تزني ففيها ثلاث روايات: إحداهما أنه يحد ويلحق به الولد ولا يلاعن، والثانية أنه لا[1] يلاعن وينتفي عنه الولد، فإن اعترف به من بعد حد، والثالثة أنه يلحق به الولد ويلاعن لنفي الحد[2].

فصل[12. اللعان في نفي النسب]

وإنما قلنا: إن له أن يلاعن في نفي النسب؛ لأنه ﷺ لاعن بين المتلاعنين في ذلك[3]، ولأن به ضرروة إلى نفي نسب منه، وأصل اللعان الضرورة التي لا طريق إلى انتفائها إلا به، فلو لم يلاعن لم يكن له طريق إلى نفي نسب ليس منه.

فصل[13. الاستبراء في اللعان]

وإنما قلنا: لابد من الاستبراء؛ لأن الحمل لا ينتفي إلا بأن يعلم براءة الرحم من ماء الزوج، وذلك لا يكون إلا بالاستبراء؛ لأنه ما لم يستبرئ يمكن أن الحمل من مائه، والقول الآخر فيه ضعف ووجهه أن ذلك موكول إلى أمانته فقبل قوله في النفي، وجعل له الالتعان لأنه لا يعلم أن الأمر على ما يدعيه إذا لم يدع الاستبراء.

فصل[14. في كون الاستبراء يكون بحيضة]

ووجه قوله؛ إنه حيضة فلأن الغرض العلم ببراءة الرحم، وذلك يحصل بالحيضة ولأنها حال ضرورة لأمر يخاف فواته ولا يستدرك والمواضع التي

---

(1) لا: سقطت من (ق).

(2) في جملة هذه الأحكام انظر: المدونة: (2/38-340)، التفريع: (2/98)، الكافي: (ص: 288).

(3) أخرجه البخاري في التفسير، باب: تفسير سورة النور: (6/3)، ومسلم في كتاب اللعان: (2/1129-1130).

يراعي[1] فيها زيادة على ذلك فلحرمة الحرية، وذلك زائل مع الضرورات، ووجه اعتبار الثلاث اعتباره بما عدى اللعان.

فصل[15. في لعانه في نفي النسب المجرد عن القذف]

وإنما قلنا: إنه يلاعن في نفي الحمل المجرد من غير حاجة إلى قذف خلافاً لأصحاب الشافعي[2]؛ لأن ضرورته إلى نفي النسب موجودة، وهي أصل ما وضع له الحد ولا ضرورة له إلى القذف، ولأن الدعوى تتم مع عدمها، وكلما صحت الدعوى مع فقده لم يكن وجوده شرطاً اعتباراً بسائر ما لا تحتاج الدعوى إليه وقياساً عليه إذا ضامَّه القذف[3].

فصل[16.في لعان الحامل]

وإنما قلنا: إنه يلاعنها حاملاً خلافاً لأبي حنيفة[4]؛ لأنه ﷺ لاعن بين المتلاعنين في نفي الحمل قبل الوضع وقال: "إن جاءت به على نعت كذا فهو لزوجها وإن جاءت به على نعت كذا فهو لشريك"[5]، فجاءت به على النعت المكروه، ولأنه نسب يجوز إسقاطه باللعان بعد الوضع فجاز قبله كالفراش.

فصل[17. انتفاء النسب بالتعان الزوج]

وينتفى النسب بالْتِعان الزوج وحده لا يفتقر فيه إلى التعان المرأة[6]؛ لأن التعانها إنما هو لإكذاب الزوج وإثبات النسب منه وإسقاط الحد عنها، ولا يجوز أن يثبت الشيء بما ينفيه.

---

(1) في (ق): يراها.
(2) انظر: مختصر المزني: (ص: 212-213)، الإقناع: (ص: 158-159).
(3) في (م): العزو.
(4) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 216)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (78/3).
(5) سبق تخريج الحديث.
(6) انظر: المدونة: (341/2)، التفريع: (98/2)، الكافي: (ص: 290).

فصل[18. اللعان في النكاح الفاسد]

ويلتعن في النكاح الفاسد[1] خلافاً لأبي حنيفة[2]؛ لأنه نكاح يثبت فيه النسب فلحق فيه اللعان أصله النكاح الصحيح.

فصل[19. فيمن اعترف بالحمل وادعى رؤية الزنا]

فأما إذا اعترف بالحمل ثم ادعى رؤية الزنا، فوجه قوله: إنه لا يلاعن أن أصل اللعان لنفي النسب يتعلق به سقوط الحد، ويجوز أن يجتمع مع ثبوت ما يقصد به نفيه، فإذا ثبت ذلك لم يكن اللعان مفيداً لإسقاط الولد ولم يكن له أن يلاعن، وإذا لم يكن له أن يلاعن لزمه أن يحد القذف ويلحق به الولد لثبوت الفراش.

ووجه قوله: إنه يلاعن وينتفى النسب أن اللعان يجب للقذف ويجر إلى نفي النسب؛ لأنه لا يجوز أن يقع اللعان وينتفي مقصوده ولا اعتباره بإقراره بالحمل؛ لأن اللعان إذا ثبت ثم رجع عن بعض موجبه حد ولم يمنعه ذلك من أصل الالتعان، ووجه قوله: إنه يلحق به الولد ويلاعن لنفي الحد عنه أن اللعان موضوع في الأصل لأمرين: أحدهما سقوط الحد بالقذف، والآخر نفي النسب فلا يمتنع أن يلتعن لأحدهما مع عدم الآخر[3].

فصل[20.في صفة اللعان]

وصفة اللعان[4]: يشهد الرجل أربع شهادات بالله: لقد زنت، ولقد رآها تزني، ورأى فرجه في فرجها كالمِروَد في المكحلة، وإنه لمن الصادقين، فإن لم يصف كان الحد[5] على ما بيناه من الخلاف في نفي الحمل: لما هذا الحمل مني ولقد زنت إن ادعى زنا، وإن كان نفي حمل مجرد لم يحتج إلى ذلك،

---

(1) انظر: التفريع: (2/97-98)، الكافي: (ص: 289.)

(2) انظر: تحفة الفقهاء: (1/219).

(3) انظر: المدونة: (2/338-340)، التفريع: (2/98-99)، الكافي: (ص: 290).

(4) في وصف اللعان انظر: المدونة: (2/335-336)، التفريع: (2/99-100)، الكافي: (ص: 288-289).

(5) الحد: سقطت من (ق).

ويجب في الجملة أن يقع اليمين على تحقيق ما ادعى باللفظ الذي يقل فيه الاحتمال والاشتراك ثم يقول في الخامسة: وإلا فلعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، ثم تلتعن هي فتشهد أربع شهادات بالله بنقيض[1] ما شهد هو به ثم تخمس بأن تقول: وإلا فغضب الله عليها إن كان من الصادقين، ولا ينبغي أن تتعدى الألفاظ التي ورد النص بها، ولا أن يبدل بها غيرها لأن النص أوجب تعيين لفظ مخصوص كإيجاب عدد الشهادات.

فصل[21.وقوع الفرقة بإلتعانهما جميعاً]

ولا تقع الفرقة إلا بالتعانهما جميعاً، فإن التعن هو ونكلت سقط الحد عنه ورجمت إن كانت محصنة وإلا جلدت[2]، لأن بلعانه قد حقق القذف عليها كالبيِّنة، والزوجية بينهما باقية ما لم تلتعن[3]، خلافا للشافعي قي قوله: إن الفرقة تقع بلعان الزوج وحده[4] لأن هلال بن أمية لما التعن دعا رسول الله–ﷺ– بها فلما التعنت فرق بينهما[5]، فذكر الحكم وسببه، ولأن اللعان لم يكمل من جهتها فلم تقع الفرقة أصله إذا لم يكمل من الزوج، ولأنه لعان من أحد الزوجين، فكان له تأثير في الفرقة أصله لعان الزوج.

فصل[22. وقوع الفرقة باللعان]

والذي يدل على وقوع الفرقة باللعان خلافاً لمن حكي عنه أن الزوجية باقية بالتعانهما[6]، قوله–ﷺ–: "حسابكما على الله أحدكما كاذب لا

(1) في (ق): بتنقيض.
(2) انظر: المدونة: (337/2)، التفريع: (100/2)، الكافى: (ص: 289).
(3) في (ق): تتعلق.
(4) انظر: الأم: (291/5-292)، الإقناع (ص: 158).
(5) سبق تخريج الحديث.
(6) في رواية عن الإمام أحمد: أن الفرقة لا تحصل حتى يفرق الحاكم بينهما (انظر: مختصر الخرقي ص: 108)، (المغني: 410/7).

سبيل لك عليها"[1]، وروي أنه ﷺ فرق بين المتلاعنين[2]، ولأنه لما قطع النسب الذي هو أقوى من الفراش كان بأن يقطع الفراش أولى.

فصل[23. عدم الحاجة على حكم الحاكم بالفرقة]

ولا يحتاج في ذلك إلى حكم حاكم بالفرقة[3]، خلافا لأبي حنيفة[4] لأنه ﷺ نفى اجتماعهما عند حصول التسمية لهما[5]، وذلك حاصل وإن لم يفرق بينهما حاكم؛ ولأن النسب لا يتعلق نفيه بلعانها؛ لأنها تثبته باللعان وهو ينفيه فلا معنى لحكم الحاكم.

فصل[24. تحريم الزوجة باللعان مؤبداً]

والتحريم باللعان يقع مؤبداً لا تحل له بعده على وجه لا بنكاح ولا ملك، أكذب نفسه أو أقام على ما كان عليه[6]، خلافا لأبي حنيفة في قوله: إنه إن أكذب نفسه حلت له[7]؛ لقوله-ﷺ-: "لا سبيل لك عليها"[8]، ولأن كل تحريم أوجب التأبيد لم يكن له إلى رفعه سبيل بإكذاب نفسه أصله إقراره بأنها أخته من نسب أو رضاع، ولأن حصول التحريم باللعان يقتضي استدامته ومنع ارتفاعه[9]، أصله إذا أقام على موجب لعانه، ولم يكذب نفسه.

---

(1) أخرجه البخاري في الطلاق، باب: قول الإمام للمتلاعنين أن أحدكما كاذب: (180/6)، ومسلم في اللعان، (1132/2).
(2) سبق تخريج الحديث.
(3) انظر: التفريع: (100/2)، الكافي: (ص: 290).
(4) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 215)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (77/3).
(5) كما جاء في الأحاديث التي سبق ذكرها.
(6) انظر: المدونة: (345/2)، التفريع: (100/2)، الرسالة: (ص: 204)، الكافي: (ص: 289).
(7) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 215)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (77/3)، وقال أبو يوسف: التحريم مؤبد.
(8) سبق تخريج الحديث قريباً.
(9) في (م): إيقاعه.

فصل[25. لحوق الولد به إن اكذب نفسه]

إذا ثبت أنه بإكذابه نفسه لا تحل له فإنه يلحق به الولد إن كان اللعان في نفي حمل؛ لأن له أن يستلحق ولده بعد نفيه ولا يقبل منه نفيه بعد الاعتراف، ويجلد الحد بإقراره بقذفها إن كانت ممن يحد قاذفها.

فصل[26. في لعان الأخرس والخرساء]

يصح لعان الأخرس والخرساء إذا فهم عنهما بإشارة أو بكتابة[1] خلافاً للشافعي[2]؛ لأن كل هذا تواضع على ما تفهم به المعاني التي في النفس فكانت كالنطق؛ ولأن الكتابة يقع بها الطلاق، وكل نوع وقع به الطلاق جاز أن يقع به اللعان كالنطق.

فصل[27. في لعان الأعمى]

الأعمى يلاعن في نفي النسب؛ لأنه[3] يتأتى منه كتأتيه من البصير، فأما في القذف، ففيه اختلاف[4]: فإذا قلنا: لا يصح لعانه فلأنه متعلق بالرؤية وذلك ممتنع منه، وإذا قلنا: يصح فلأن اللمس[5] نوع من المحسوس كالرؤية.

فصل[28. إذا تصادقا على انتفاء النسب والاعتراف بالزنا هل لابد في ذلك اللعان]

إذا تصادقا على انتفاء النسب أو الاعتراف بأنها زنت، فهل يكفي ذلك في انتفاء النسب أم لابد من اللعان؟ ففيه روايتان[6]: فوجه قوله: إن التصادق كاف أنه معنى يخلصه من القذف فوجب أن ينتفى به النسب عنه مع دعواه أصله اللعان.

---

(1) انظر: المدونة: (343/2).
(2) انظر: مختصر المزني: (ص: 211).
(3) في (م): لأن طريقه.
(4) انظر: المدونة: (342/2-343).
(5) في (م): الحس.
(6) انظر: التفريع: (99/2)، الرسالة: (ص: 204)، الكافي: (ص: 29).

ووجه القول: إنه لابد من لعان أن ذلك تواطؤ منهما على سقوط حق الولد، فلا يقبل إلا باللعان الذي هو طريق نفيه.

باب: في العدة

الموجب للعدة[1] شيئان: طلاق وما في معناه من فسخ النكاح وموت، والعدة من الطلاق أو الفسخ لا تكون إلا في مدخول بها، فأما من لم يدخل بها فلا عدة عليها، والعدة ثلاثة أضرب: عدة بإقراء، وعدة بوضع حمل، وعدة بشهور.

والمعتدات ثلاث: فذات حيض وممتنع عليها الحيض لصغر أو إياس ومرتابة وعلى وجه آخر ينقسمن إلى ضربين: ضرب تُكمل لا تنقسم العدة فيهن: (وهن الحرائر، وضرب ينصف فيهن وهن الأرقاء لأن متى كمل الرق فيهن) [2] أو تبعض فتنتصف نوع من العدة فيهن دون جميعها على ما نبينه إن شاء الله[3].

فصل[1. العدة تكون على مدخول بها]

وإنما قلنا: إنه لا عدة إلا على مدخول بها من الطلاق والفسخ دون الموت؛ لقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحۡتُمُ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقۡتُمُوهُنَّ مِن قَبۡلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمۡ عَلَيۡهِنَّ مِنۡ عِدَّةٖ تَعۡتَدُّونَهَا ﴾[4]، ولأن براءة رحمها معلومة[5] والعدة في الطلاق للاستبراء فقط.

---

(1) **العدة لغة**: مأخوذة من العد والحساب، واصطلاحاً: هي مدة منع النكاح لفسخه أو موت الزوج أو طلاقه (انظر المصباح المنير (ص: 396)، الفواكه الدواني:62/2).

(2) ما بين قوسين: سقط من (م).

(3) في جملة هذه الأحكام انظر: المدونة: (2/68-75-81)، التفريع: (2/114-118)، الرسالة: (ص: 206-207)، الكافي: (ص: 292-294).

(4) سورة الأحزاب، الآية: 49.

(5) معلومة: سقطت من (ق).

فصل[2.العدة بالأقراء]

فأما العدة بالأقراء[1] فتكون بالطلاق والفسخ دون الموت لا خلاف فيه[2]، وهي لمن تحيض وتطهر بثلاثة قروء للحرة وقرآن للأمة، وإنما قلنا ذلك، لقوله تعالى: ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾[3]، وأجمعوا أن فسخ النكاح يجب له من ذلك ما يجب بالطلاق في النكاح الصحيح[4].

فصل[3.في معنى الأقراء]

والأقراء الأطهار وهي[5] ما بين الحيضتين من الطهر[6]خلافا لأبي حنيفة في قوله: إن الأقراء الحيض[7]؛ لقوله تعالى: [8]، ففيه أدلة: أحدها: أن القرء اسم يقع على الطهر والحيض والمراد أحدهما، فيجب إذا قعدت ثلاثة قروء وينطلق عليها الإسم أن يجز بها، وإن شذت بنيتها على تعليق الحكم بأوائل الأسماء كالشفقين[9] والأبوين واللمسين.

والأخرى أنه بصيغة التذكير؛لأن جمع المؤنث ما دون العشرة بغيرها، وذلك يفيد أنه جمع قرء وهو طهر لا حيضة.

والثالث أن إطلاق الأمر والأخبار عن الوجوب على الفور ولا يمكن ذلك إلا على ما نقوله أن يطلقها طاهراً فتعتد عقيب الطلاق أو حائضاً فعقيب

---

(1) الأقراء: جمع قرء –بفتح القاف- وأصل القراء الوقت يقال: جاء فلان لقرئه أي لوقته، فلما كان الطهر يجيئ لوقت سمى قرءاً، وهو يطلق على الطهر والحيض (انظر غرر المقالة (ص: 206)، المصباح المنير (ص: 501).

(2) انظر الإجماع (ص: 108)، بداية المجتهد: (71/7)، شرح مسلم: (256/6)، (المغني: 448/7).

(3) سورة البقرة، الآية: 228.

(4) انظر الإجماع (ص: 108)، بداية المجتهد: (71/7)، شرح مسلم: (256/6)، (المغنى: 448/7).

(5) في (م): وهو.

(6) انظر: التفريع: (114/2)، الرسالة: (ص: 106)، الكافى: (ص: 293).

(7) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 217)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (80/3).

(8) سورة البقرة، الآية: 228.

(9) في (م) و(ر): كالشقيقين.

الحيض قوله تعالى: [1] أي في حال يعتدون فيها وعندهم أن حال الطهر ليست بعدة ليست بحال عدة، وقوله ﷺ في حديث ابن عمر: "مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك، وإن شاء طلق فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء"[2]، وهذا نص، ولأنه حيض كالذي يطلق فيه، ولأنها[3] زمان يجوز إيقاع الطلاق فيه فوجب أن يكون معتداً به أصله الحمل.

فصل[4. في عدة الأمة]

وإنما قلنا: إنها قرآن للأمة خلافاً لداود في تسويته بينها وبين الحرة[4]، بناء على نقصان طلاق العبد وقد ذكرناه، ولأن العدة معتبرة مع عدم الريبة لحرمة المعتدة فتكمل بكمال حرمتها وتنقص بنقصان حرمتها، وحرمة الأمة أخفض من حرمة الحرة، فكانت عدتها على النصف، وإنما قلنا: إنها تكمل قرءين؛ لأن القرء لا يتبعض فكمل كما كمل طلاق العبد اثنتين، وإنما سوينا بين من استغرقها الرق وبين من تبعض فيها؛ لأن النص بالرق قد شملهن وغلب على أحكامهن.

فصل[5. في التسوية بين المسلمة والكتابية في العدة]

والمسلمة والكتابية يستويان في ذلك؛ لعموم الظواهر، ولأنها عدة لاستبراء الرحم كوضع الحمل[5].

---

(1) سورة الطلاق الآية: 1.
(2) سبق تخريج الحديث.
(3) في (م): فلأنه.
(4) انظر: بداية المجتهد: (87/7)، الميزان: (135/2)، رحمة الأمة في اختلاف الأئمة؛ (84/2).
(5) انظر: المدونة: (76/2-78)، التفريع: (117/2)، الرسالة: (ص: 206)، الكافي: (ص: 293).

فصل[6.متى تحل الحرة والأمة]

وإذا دخلت[1] الحرة في الدم من الحيضة الثالثة حلت والأَمَة إذا دخلت في الحيضة الثانية وأقل ما يقبل قولها فيه ما يمكن مثله في العادة فقيل: خمسة وأربعون، وقيل: أربعون، وقيل: في شهران إن أمكن أن يكون مثله، وكذلك ينبغي أن يكون الجواب معلقاً بالإمكان في العادة[2].

فصل[7. العدة بوضع الحمل]

فأما الإعداد بوضع الحمل فيستوي فيه المعتدات كلهن حرائرهن وإمائهن والمسلمات والكتابيات، والأسباب الموجبة له من الطلاق والفسخ والشبهة والموت ولا تحل المعتدة إلا بوضع جميعه وما دام معها بقية من الحمل فحكمها حكم من لم تضع شيئاً في وجوب الرجعة وثبوت الميراث وتحل بوضع العلقة والمضغة وما يقع عليه اسم الحمل إلى كمال الخلقة[3].

وإنما قلنا: إن عدة الحامل الحرة وضع الحمل؛ لقوله تعالى: ﴿ وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾[4] وسوينا بينها وبين الكتابية والأمة للعموم، ولأنه يعلم به براءة الرحم بيقين وليس بمبني على الحرمة ولا يمكن تصنيفه.

وإنما قلنا: إن الحامل المتوفى عنها تعتد بوضع الحمل خلافاً لمن قال: أقصى الأجلين[5] لعموم الظاهر، ولأن سبيعة الأسلمية[6] ولدت بعد وفاة زوجها بنصف شهر فقال، لها سول الله ﷺ: "قد حللت فانكحي من

---

(1) إذا دخلت: سقطت من (م).
(2) انظر: المدونة: (74/2)، التفريع: (114/2-115)، الكافي: (ص: 293).
(3) انظر: المدونة: (67/2-68)، التفريع: (115/2-116)، الرسالة: (ص: 206)، الكافي: (ص: 293).
(4) سورة الطلاق، الآية: 4.
(5) فقد قال ابن عباس: وروى عن عليّ وجه منقطع: إنها تعتد بأقصى الأجلين (انظر الموطأ: (589/2)، عبد الرزاق: (470/6)).
(6) سبيعة الأسلمية: بنت الحارث زوج سعد بن خولة لها صحبة (تقريب التهذيب: 748).

شئت"[1]، ولأنه يعلم بوضع الحمل براءة رحمها كذوات الأقراء، ولأن الأشهر عدة بنفسها ولا تجتمع مع الحمل فتصيران عدة واحدة أصله في حق المطلقة.

وإنما اعتبرنا وضع جميعه لقوله تعالى: ﴿أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[2] وظاهر ذلك يفيد الجميع، ولأن الرحم مشغولة ببقية الحمل فكان كالكل.

وإنما قلنا: إنها تحل بوضع ما يقع عليه اسم الحمل؛ لعموم الظاهر، ولأنه يعلم به براءة الرحم واعتباراً بما تخطط به من الخلقة.

فصل[8. الاعتداد بالشهور]

وأما الاعتداد بالشهور فيجب تارة عن الطلاق وتارة عن الوفاة، فأما الواجب عن الطلاق والفسخ فثلاثة أشهر ما كانت من تمام أو نقصان إن ابتدئت من أول شهر، وإن كان من بعضه كمل عدد الأول بالحساب فتجلس بقيته من يوم وجبت العدة ثم تعتد الشهرين بعده بالأهلة ثم تتم باقي الأول بالعدد المكمل[3]، فإن طلقت في بعض يوم ففيها روايتان:

إحداهما: أنها تعتد من ذلك الوقت إلى مثله، والأخرى إلغاء ذلك اليوم وابتداء العدة من غده[4]، وهذه العدة هي لمن دخل بها ممن لم تحض لصغر أو يائسة منه لكبر يستوى فيه الإماء والحرائر والمسلمات والكوافر ومن قصر سنها عن إطاقة الوطء فلا يعد وطؤها موجباً للاعتداد، وإنما هو جرم وإفساد.

(1) أخرجه البخاري، باب: تفسير سورة الطلاق: (676/6)، ومسلم في الطلاق، باب: انقضاء عدة المتوفي عنها زوجها: (1122/2).
(2) سورة الطلاق، الآية:4.
(3) في (ق): كالمكمل.
(4) في (م): في غيره.

وأما الواجب عن الوفاة فيفترق فيه حكم الحرائر والإماء، فللحرة أربعة أشهر وعشر ليال، وللأَمَة شهران وخمس ليال، وعلى الصغيرة مثل ما على الكبيرة التي لم يدخل بها مثل ما؟ إلى المدخول بها، إلا أن غير المدخول بها تبرؤها الشهور من غير حاجة على حيض، والمدخول بها التي تحيض لا يبرؤها إلا[1] الحيض وحيضة واحدة مجزية، فإن حاضت في تضاعيف الشهور برئت بذلك، فإن لم تحض حتى انقضت العدة نظر، فإن لم يكن لها عادة بتأخر[2] الحيض ولم تخش ريبة انتظرت إلى تمام تسعة أشهر من يوم الوفاة، وإن كانت لها عادة[3] بتأخيره إلى مدة يدخل فيها عدتها بالشهور ففيها روايتان:

إحداهما: أنها تبرئ بمضي الشهور وإن لم تحض، والأخرى: أنها لا تبرأ إلا بالحيض، وعنه في الكتابية المدخول بها في عدة الوفاة روايتان:

إحداهما: أنها مثل المسلمة، والأخرى أنها تستبرئ[4] رحمها بثلاث حيض والقول في الكتابية غير المدخول بها يتخرج على هاتين الروايتين[5].

فصل[9. في أدلة من تعتد بالشهور]

وإنما قلنا: إن عدة من ليست من أهل الحيض ثلاثة أشهر؛ لقوله تعالى: ﴿ وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشۡهُرٖ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمۡ يَحِضۡنَۚ وَأُوْلَٰتُ ٱلۡأَحۡمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعۡنَ حَمۡلَهُنَّۚ ﴾[6]، ولأن ذلك أقل ما يعلم به براءة الرحم، فلذلك جعل بدل الأقراء.

---

(1) في (م): إلى.
(2) في (ق): بتأخير.
(3) في (ق): عدة.
(4) في (ق): تستبين.
(5) في جملة هذه الأحكام انظر: المدونة: (2/68-75)، التفريع: (2/116-117)، الرسالة: (ص: 206)، الكافي: (ص: 293-294).
(6) سورة الطلاق، الآية:4.

وإنما قلنا: إنها إذا ابتدأت[1] من أول الشهر أجزأتها الشهور بالأهلة لأن الخطاب إذا صدر وله عرف في الشرع حمل عليه وعرف الشرع في الشهور هو بالأهلة.

وإنما قلنا: إنه يكمل عدد الشهر المبتدأ في بعضه؛ لأنها إنما يكون له حكم الهلال إذا ابتدئ من أوله، فأما إذا ابتدئ من بعضه كان له حكم العدد استظهاراً واحتياطاً.

وإنما قلنا: إنها إذا طلقت في بعض يوم اعتدت إلى مثله؛ لقوله تعالى: ﴿ثَلَٰثَةُ أَشۡهُرٍ﴾[2]، وذلك يقتضى العدد من وقت الوجوب، ولأن من حلف لا يكلم زيداً ثلاثة أشهر أو أجَّره[3] داره ثلاثة أشهر وأطلق كان محمولاً على أنها من وقته، فكذلك هذا، ووجه قوله: إنها تلغى اليوم احتياطا لصعوبة ضبط الوقت الذي تبتدئ منه ومقابلته به، ولأن نظائره قد فعل فيه مثل ذلك باعتبار الأربعة أيام لإقامة المسافر، والعقيقة، والحول في الزكاة، فكذلك ها هنا والأولى القياس.

وإنما سوينا بين الأَمَة والحرة في ذلك؛ للعموم واعتباراً بعدة الأقراء ووضع الحمل، وإنما قلنا: إن وطء التي لا تطيق الوطء لا يوجب عدة للعلم ببراءة الرحم؛ ولأن الوطء إنما يسمى وطئاً إذا كان فيمن تطيقه، فأما إذا كانت لا تطيقه جرى مجرى الجرح، وإصابتها في غير ذلك الموضع؛ لأنه ليس بالاستمتاع المطلوب، ولأنه لا يوجب مهراً ولا إحلالاً، وإنما هو جناية.

---

(1) في (مك): ابتدت.
(2) سورة الطلاق، الآية:4.
(3) في (م): في أجاره.

فصل[10. في عدة الحرة الحائل]

وإنما قلنا: إن عدة الحرة الحائل في الوفاة أربعة أشهر وعشراً للظاهر وهو قوله تعالى[1]: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ﴾[2].

وإنما قلنا: إن عدة الأمة شهران وخمس ليال؛ لأنها عدة يمكن[3] تنصيفها، فكانت فيها على النصف من الحرة كالأقراء، وقد احترزنا من وضع الحمل، فإنّ الوضع لا يتنصف[4]، ومن الثلاثة أشهر لأنها تراد ليعلم براءة الرحم في أقل ما يمكن، وذلك لا يمكن تنصيفه.

فصل[11. إيجاب عدة الوفاة على الصغيرة]

وإنما أوجبنا على الصغيرة العدة في الوفاة على كل حال وفي الطلاق مع الدخول خلافاً[5] لداود في قوله: لا عدة على الصغيرة، لعموم الظواهر من قوله تعالى: ﴿وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا﴾[6]، وقوله: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي لَمْ يَحِضْنَ﴾[7] وهذا نص، واعتباراً بالبوالغ بعلة أنها زوجة دخل بها أو توفي الزوج عنها، وإنما قلنا: تلزم غير المدخول بها للعموم، ولأن طريقها العبادة المحضة دون براءة الرحم.

فصل[12. في عدة غير المدخول بها]

وإنما قلنا: إن غير المدخول بها تبرأ بمضي المدة؛ لأنه ليس[8] وراءه أمر يطلب سواه، فلم يلزمها غيره، فأما المدخول بها فلا يبرؤها إلا حيضة على ما بيناه خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[9]؛ لأنها بائن مدخول بها[10] من

---

(1) في (م): عزَّ وجَلَّ.
(2) سورة البقرة، الآية: 234.
(3) في (ق): يجب.
(4) في (م): ينتصف.
(5) انظر: المحلى: (638/11).
(6) سورة البقرة، الآية: 234.
(7) سورة الطلاق، الآية: 4.
(8) في (ق): يسويها.
(9) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 218-219)، الأم: (211/5-215).
(10) مدخول بها: سقطت من (م) ومن (ر).

ذوات الحيض لم تتيقن براءة رحمها فلم تبرأ إلا بالحيض أو التربص الدال على براءة الرحم القائم مقام الحيض أصله المطلقة، ولأن احتباس الحيض عن عادته من غير عارض أو سبب يعرف ريبة ولا يجوز النكاح مع الريبة.

فصل[13.الحكمة من إجزاء الحيضة الواحدة]

وإنما قلنا: إن حيضة واحدة مجزية؛ لأن الأصل هو العدة المعتد بها؛ وليس الاستبراء بمجرده مقصوداً فيستوى فيه ما يجب لحرمتها.

فصل[14. في التي عادتها أن تحيض مرة في السنة]

ووجه القول في التي عادتها أن تحيض مرة في السنة، أو فيما يدخل فيه الاعتداد بالشهور أنها تبرأ بمضي المدة، وإن لم تحض أن سبب تأخيره للعادة لا لريبة[1] فحمل على المعتاد، ووجه قوله: إنه لا يبرؤها إلا لحيض اعتبارها بمن لا عادة لها، ولأن تأخره يمكن أن يكون للعادة ولشغل الرحم.

فصل[15. في التي لا عادة لها]

وإنما قلنا في التي لا عادة لها بتأخير الحيض وفي المعتادة كذلك على إحدى الروايتين أنها تجلس تمام تسعة أشهر من يوم الوفاة؛ لأن ذلك غالب مدة الحمل وهو الذي يعلم به براءة الرحم من زوال الريبة، وتأخير الحيض، وإن أحست بعد تربصها هذه المدة بريبة انتظرت زوالها.

فصل[16. وجه اعتداد الكتابية بالشهور وأن عليها الاستبراء]

ووجه قوله (في الكتابية أن عليها الاعتداد بالشهور؛ لعموم الظواهر ولأنه نوع من البينونة كالطلاق، ولأنها زوجة مسلم مات عنها ليست بحامل فتلزمها العدة بالشهور كالمسلمة، ولأن كل عدة لزمت المسلمة لزمت الكتابية كوضع الحمل)[2].

---

(1) في (م): للريبة.

(2) ما بين قوسين: سقط من (م).

ووجه قوله: إن عليها الاستبراء؛ لأن تربصها يتعلق به حق لله تعالى وحق للمسلم فأما حق المسلم فحق النسب وذلك يلزمها[1] لأنه لا يبرؤها إلا العلم ببراءة الرحم، وما زاد على ذلك حق لله محض وحقوق الله تعالى[2] المحضة المتميزة عن حقوق الآدميين لا يخاطب بها الكفار.

وإنما قلنا: إن غير المدخول بها من الكتابيات يتخرج على هذا الاختلاف؛ لأن الطريقة فيه واحدة فلم يكن له وجه إلا إجراؤه مجرى ما تقدم.

فصل: [17. في عدة المرتابة]

فأما المرتابة فهي التي ترتفع حيضتها من غير إياس من بعد أن كانت تحيض، فلا يخلو ذلك أن يكون لعارض يعلم أنه يؤثر فيه أو لغير عارض، فالعارض إما رضاع وإما مرض، فإن كان تأخيره للرضاع فإنها لا تعتد إلا بالأقراء، فتمكث متوقعة له إلى أن تراه طال الوقت أم قصر[3].

وإنما قلنا ذلك للإجماع والمعنى: فأما الإجماع فإن حبان بن منقذ[4] طلق امرأته وهي ترضع فمكثت نحو سنة لا تحيض لأجل الرضاع ثم مرض حبان فخاف أن ترثه إن مات فخاصمها إلى عثمان، وعنده عليّ وزيد –رضي الله عنهم– فقال لهما: ما تريان، فقالا: نرى أنها ترثه لأنها ليست من القواعد اللائي يئسن من المحيض، ولا من الأبكار اللائي لم يحضن فهي عنده على حيضتها، مات كان من قليل أو كثير لم يمنعها إلا الرضاع فانتزع حبان ابنه منها، فلما حاضت حيضتين مات حبان فورثته واعتدت عدة

---

(1) في (ق): وذلك لا يلزمها.
(2) تعالى: سقطت من (م).
(3) انظر: المدونة: (74/2)، التفريع: (117/2)، الرسالة: (ص: 206-207)، الكافى: (ص: 293).
(4) حبان بن منقذ: بن واسع بن حبان بن منقذ بن عمرو الأنصاري ثم المازني المدني صدوق من الخامسة (تقريب التهذيب: (149).

الوفاة[1]، فأجمعوا أن التأخير بالرضاع لا يسوغ لها الاعتداد بغير الحيض، وعللوا ذلك بأنها ليست ممن تحيض ولا آيسة.

والمعنى هو جري العادة بأن الرضاع يؤثر في تأخير الحيض فلا يكون ذلك ريبة، فإذا كان ذلك وجب انتظار زواله.

فصل: [18. في عدة المريضة]

وأما المرض ففيه روايتان[2]: إحداهما أنه كالرضاع ذكرها الشيخ أبو بكر عن أشهب، والأخرى أنه ريبة، فوجه قوله: إنه كالرضاع أن سبب تأخر الحيض معروف، ولأن المرض يؤثر في ذلك؛ لأنه يضعف القوة أو يكون فيه ما يخرق الدم أو يحبسه، فكان كالرضاع ووجه القول بأنه ريبة أنه ليس فيه عادة متقررة بتأخير الحيض، ولا اختصاص في ذلك لبعض الأمراض دون بعض فكان ريبة.

فصل: [19. اعتداد من ارتفع حيضها لغير عارض ولا سبب معتاد]

فأما إذا ارتفع حيضها لغير عارض ولا سبب معتاد تأثيره في رفع الحيض، فإنها تنتظر تسعة أشهر غالب مدة الحمل، فإن حاضت في خلالها حسبت ما مضى قرءاً ثم تنتظر القرء الثاني إلى تسعة أشهر، فإن حاضت احتسبت به قرءاً آخر، وكذلك في الثالث فإن مضت لها تسعة أشهر، ولم تحض استأنفت الاعتداد بثلاثة أشهر وصارت من أهل الاعتداد بالشهور، فإن حاضت من قبل تمامها ولو بساعة حسبت جميع ما مضى لها من وقت الطلاق وقت حيضها قرءاً ثم استأنفت تربص تسعة[3] أشهر ثم ثلاثة بعدها، وأي وقت مضت لها سنة لا حيض في خلالها فقد حلت ولا يراعي

---

(1) أخرجه البيهقي في سننه: (419/7)، وعبد الرزاق: (340/6)، والشافعي في مسنده: (58/2)
(2) انظر: المدونة: (2/69-74)، التفريع: (2/115-117)، الرسالة: (ص: 206)، الكافي: (ص: 293).
(3) في (م) و(ر): أربعة.

إن حاضت بعد السنة بقليل أو كثير[1]، وقال الشافعي في الجديد تمكث أبداً إلى[2] أن تعلم براءة رحمها قطعاً وهو أن تبلغ سن من لا تحيض مثلها[3]، فدليلنا قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: "أيما امرأة طلقت فحاضت حيضة أو حيضتين ثم رفعتها[4] حيضتها فإنها تنتظر تسعة أشهر فإن بان بها[5] حمل فذلك وإلا اعتدت بعد التسعة بثلاثة أشهر"[6]، وهذا قول صحابي إمام لا مخالف له، ولأن الغرض من ذلك التوصل إلى[7] العلم ببراءة الرحم وقد ثبت أنه لا يراعى فيه القطع واليقين، لأن ذلك يوجب أن تجلس أقصى مدة الحمل أو أن لا يحكم ببراءة الرحم بمضي الثلاثة الأقراء أو الثلاثة أشهر لمن قاربت البلوغ، وذلك باطل فلم يبق إلا الاعتبار بالظاهر وقد حصل.

فصل: [20. في عدة المستحاضة]

في عدة المستحاضة من الطلاق روايتان[8]: إحداهما أنها سنة؛ لأن الاستحاضة ريبة فتجلس الغالب من مدة (الحمل تسعة أشهر ثم ثلاثة وهي العدة، والأخرى أنها إن ميزت بين الدمين وكان لها قرءاً معلوماً اعتدت به،لأنها من ذوات الأقراء فإذا عرفته)[9] بالتمييز اعتدت به كغير المستحاضة.

---

(1) انظر: المدونة: (73/2)، التفريع: (117/2)، الكافي: (ص: 293).
(2) في (م): حتى.
(3) انظر: مختصر المزني: (ص: 218)، الإقناع: (ص: 154).
(4) في (م): رفعها.
(5) في (م): لها.
(6) أخرجه مالك: (582/2) والشافعي عنه (تلخيص الحبير: 533/3).
(7) التوصل إلى : سقطت من (م).
(8) انظر: المدونة: (2/68-69)، التفريع: (115/2)، الرسالة: (ص: 106)، الكافي: (ص: 293).
(9) ما بين قوسين: سقط من (م).

فصل: [21. في عدة المستحاضة من الوفاة]

وفي عدتها من الوفاة روايتان[1]: إحداهما أربعة أشهر وعشراً، والأخرى أنها تقيم تسعة أشهر، فوجه الأولى عموم الظواهر، ولأنها متوفى عنها غير حامل كغير المستاحضة، ووجه الثانية أن الاستحاضة نفسها ريبة، فوجب أن تجلس غالب مدة الحمل.

فصل: [22. في أكثر مدة الحمل]

وعنه[2] في أكثر الحمل ثلاث روايات[3]: إحداهما أربع سنين وهي المشهورة، والثانية خمس والثالثة سبع، وفائدة الخلاف امتداد التربص بالمرتابة، وأن المطلقة إذا أتت بولد لأكثر من مدة الحمل من وقت الطلاق فإنه لا يلحق به.

فوجه الأولى ضرب عمر رضي الله عنه لامرأة المفقود أربع سنين[4]، وإنما ذلك لأنه أكثر الحمل، وروي مثله عن عثمان وعليّ[5] –رضي الله عنهما–[6] ولا مخالف عليهم فيه، وقد ذكر أصحابنا عن أهل المدينة أن نساء الماجشون كن يلدن لأربع سنين، ولأن ما زاد على السنتين لو لم يكن مدة للحمل لوجب أن لا يلحق به الولد إذا ادعاه وأكذبته وفي لحوقه به دليل على أنه من مدته.

ووجه اعتبار الخمس أن ذلك قد وجد وذكر عن ابن عجلان[7] وجوده.

وأما السبع فلم يقف على وجود لها والأظهر الأربع فقط.

---

(1) انظر المرجع التي ذكرت قريباً.

(2) وعنه: سقطت من (م).

(3) انظر: المدونة: (2/92-93)، التفريع: (2/116)، الكافي: (ص: 293).

(4) أخرجه مالك: (2/575)، ابن أبي شيبة: (1/248)، البيهقي: (7/444).

(5) أخرجه البيهقي: (7/445)، أبي شيبة: (1/284)، سنن سعيد بن منصور: (3/1/409)

(6) رضي الله عنهما: سقطت من (م).

(7) **ابن عجلان**: هو عبد الواحد بن أبي البداح بن عاصم بن عدي الأنصاري العجلان، أحد بني العجلان، من أهل المدينة، روى عن عبد الله بن يزيد بن حارثة، روى عنه إسحق (الأنساب: 9/244).

فصل: [23. عدة أم الولد]

عدة أم الولد من وفاة سيدها حيضة واحدة وهي في الحقيقة استبراء لا عدة؛ لأنه عن وطء بالملك[1]، وقد قال عمرو بن العاص[2] أربعة أشهر وعشراً، وقال أبو حنيفة: ثلاثة أقراء كالحرة والمطلقة[3]، ودليلنا على عمرو قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾[4]، فأوجب ذلك على الزوجات فدل على أن الإماء بخلافهن، ولأنه وطء بملك اليمين فلم يلزم فيه عدة الوفاة كالأمة الموطوءة، ودليلنا على أبي حنيفة[5] قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾[6]، فأوجب ذلك في حق المطلقات فانتفى[7] وجوبه بالملك، ولأنه استبراء عند زوال الملك عن الرقبة فكان بقرء واحد أصله الأمة المبيعة.

فصل: [24. بقية الكلام في عدة أم الولد]

وهذا إذا كانت ممن تحيض، فإن كانت حاملاً فوضع الحمل، وإن كانت يائسة فثلاثة أشهر، فإن كانت مستحاضة أو مرتابة قعدت تسعة أشهر، وعدتها من وفاة زوجها شهران وخمس ليال، وقد بينّا معاني هذه الجملة من قبل[8].

(1) انظر: المدونة: (73/2)، التفريع: (116/2-117)، الرسالة: (ص: 206)، الكافي: (ص: 294).
(2) **عمرو بن العاص**: بن وائل السهمي الصحابي المشهور، أسلم عام الحديبية وولى امرة مصر مرتين وهو الذي فتحها، مات بمصر سنة اثنتين وأربعين، وقيل: بعد الخمسين (تقريب التهذيب، (ص: 433).
(3) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 218)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (82/3).
(4) سورة البقرة، الآية: 234.
(5) تعالى: سقطت من (م).
(6) سورة البقرة، الآية: 228.
(7) في (ق): فانتفاء.
(8) من قبل: سقطت من (م).

فصل: [25. المطلقة الرجعية يموت عنها زوجها]

المطلقة الرجعية إذا مات عنها[1] وهي في العدة انتقلت إلى عدة الوفاة[2]؛ لأنها في حكم الزوجات بدليل لحوق طلاقه لها ووجوب نفقتها عليه وثبوت التوارث بينهما، ولأن كل من يلحقها طلاقه لبقاء حكم الزوجية فموته عنها يوجب عليها عدة أصله الزوجة.

فصل: [26. البائن يموت عنها زوجها]

البائن إذا مات عنها زوجها ثبتت على عدتها ولم تلزمها عدة بموته[3]؛ لأنه مات عن بائن منه كالتي قد خرجت من العدة.

فصل: [27. الأمة المطلقة إذا عتقت وهي في العدة]

إذا طلقت الأمة فأعتقت وهي في العدة مضت على عدة الأمة ولم تنتقل إلى عدة الحرة كان الطلاق رجعياً أو بائناً[4]، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: تنتقل في الرجعي دون البائن[5]، والشافعي في قوله إنها تبنى على عدة الحرة في كلا الأمرين[6]؛ لأنها أمة معتدة من طلاق فوجب أن تبنى على العدة التي لزمتها حال الطلاق ما كان زوجها باقياً كالتي لم تعتق، ولأنها معتدة عن طلاق فوجب أن لا ينتقل اعتدادها ما دامت معتدة عنه، أصله الطلاق البائن، ولا يلزم عليه الموت؛ لأنها تنتقل عن اعتداد الطلاق إلى الاعتداد عن الموت، ولا تبنى.

---

(1) عنها: سقطت من (م).
(2) انظر: المدونة: (75/2)، التفريع: (118/2-119)، الكافي: (ص: 294).
(3) انظر: المراجع التي ذكرت سابقاً.
(4) انظر: المدونة: (82/2/2)، التفريع: (118/2)، الكافي: (ص: 294).
(5) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 218)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (81/3).
(6) انظر: الأم: (217/5)، الإقناع (ص: 154).

فصل :[28. إذا مات عنها بعد عتقها في العدة]

ولو مات عنها بعد أن أعتقت في العدة من طلاق رجعي لانتقلت إلى عدة الوفاة؛ لأنها في حكم الزوجات كالحرة وتعتد عدة الحرة، لأن الموت صادفها حرة ولو كان الطلاق بائناً لم تنتقل؛ لأن الموت صادفها أجنبية.

فصل :[29. في كون الرجعة تهدم العدة إلا رجعة المولى والمعسر بالنفقة]

كل رجعة تهدم العدة إلا رجعة المولي والمعسر بالنفقة، فإنهما موقوفتان على الفيئ والإنفاق[1]، وقال الشافعي: إذا طلقها بعد الرجعة وقبل الوطء بنت على عدتها الأولى[2].

ودليلنا: أنها رجعة صحيحة منبرمة، فوجب أن تهدم العدة، أصله إذا وطء فيها.

فصل :[30. إذا تزوجت في العدة]

إذا تزوجت في العدة ووطئها الثاني، ففي العدتين[3] روايتان[4]: إحداهما التداخل، والأخرى: نفيه..

فوجه التداخل أن الغرض الذي لم ترادان[5] هو العلم ببراءة الرحم، وذلك يحصل مع التداخل أصله إذا حملت، ووجه نفيه فلأنه وطء له حرمة، فوجب استيفاء عدتها كالأولى.

---

(1) انظر: التفريع: (119/2)، الكافي: (ص: 291-292).
(2) انظر: الأم: (243/5-244)، الإقناع (ص: 153).
(3) في (م): ففيها.
(4) انظر: المدونة: (82/2)، التفريع: (59/2-60)، الكافي: (ص: 294).
(5) في (م): له تراد.

باب: في الإحداد

لا إحداد[1] على مطلقة[2] لا رجعية ولا بائنة[3] خلافا لأبي حنيفة، وأحد قولي الشافعي[4] في إيجابهما على البائن؛ لأنها مطلقة كالرجعية.

فصل: [1. الإحداد على كل زوجة متوفى عنها]

والإحداد على كل زوجة متوفى عنها حتى تنقضي عدتها، والأصل فيه قوله ﷺ: "لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً" [5]، وحديث أم سلمة أن امرأة جاءت إلى النبي -ﷺ- فقالت: إن ابنتي توفي عنها زوجها وقد اشتكت عينها أفتكحلها؟ فقال: "لا" مرتين أو ثلاثا، ثم قال: "إنما هي أربعة أشهر وعشراً وقد كانت إحداكن في الجاهلية ترمى بالبعرة على رأس الحول"[6]، ولأن الزينة والطيب باعثان[7] على النكاح فمنعت من ذلك كما منع المحرم منه، ولأنها لما منعت من التصريح بالخطبة وهو بالقول كانت بمنع[8] ما هو أبلغ

---

(1) **الإحداد**: أصل المنع ومنه سمي البواب حداداً، ويقال منه: حدت المرأة وأحدت فهي حاد ومحد، سميت بذلك لامتناعها من الزينة، وقال ابن عرفة: هو ترك ما هو زينة ولو مع غيره، قال: فيدخل ترك الخاتم للمبتذلة (انظر غرر المقال ص: 207، حدود ابن عرفة ص: 221).

(2) انظر: المدونة: (76/2)، التفريع: (ص 119-120)، الرسالة: (ص: 207)، الكافي: (ص: 295).

(3) في (م): مبتوتة.

(4) انظر: مختصر القدوري مع شرح الميداني: (85/3)، مختصر المزني: (ص: 223).

(5) أخرجه البخاري في الجنائز، باب: إحداد المرأة: (79/2)، ومسلم في الطلاق، باب: وجود الإحداد في عدة الوفاة: (1123/2).

(6) أخرجه البخاري في الطلاق، باب: تحد المتوفى عنها أربعة أشهر وعشراً: (187/6)، ومسلم في الطلاق، باب: وجوب الإحداد في عدة الوفاة: (1124/2) قال حميد – الذي روى الحديث عن زينب بنت سلمة- لزينب: وما ترمي بالبعرة على رأس الحول؟ فقالت زينب: كانت امرأة إذا توفى زوجها دخلت حفشاً ولبست شر ثيابها ولم تمس طيباً حتى تمر بها سنة ثم تؤتى بدابة حمار أو شاة أو طير فتفتضي به، فقلما تفتض بشيء إلا مات ثم تخرج فتعطى بعرة فترمي بها ثم تراجع بعد ما شاءت من طيب أو غيره..

(7) في (م): داعيتان.

(8) في (م): بأن يمنع.

مما يدعو إلى ذلك أولى ولا يدخل عليه المطلقة لأن لها من يراعيها ويمنعها من التزويج إن إرادته والمتوفى عنها بخلافها.

فصل: [2. إحداد الأمة الزوجة]

وعلى الأمة الزوجة المتوفى عنها زوجها الإحداد[1] خلافاً لمن نفاه[2]؛ لعموم الأخبار واعتباراً بالحرة بعلة كونها زوجة متوفى عنها.

فصل[3. إحداد الحرة الصغيرة]

وتلزم الحرة الصغيرة خلافا لأبي حنيفة[3]، لقوله ﷺ وسئل عن من مات عنها زوجها فاشتكت عينيها أتكحلها؟ قال: "لا"[4] ولم يسأل، ولأنها عدة من وفاة كعدة البالغة.

فصل: [4. إحداد الكاتبية]

ولزمه للكتابية إذا مات عنها زوجها المسلم مختلف فيه[5]، فوجه الوجوب عموم الخبر، ولأنها معتدة من وفاة زوج[6] مسلم كالمسلمة، ووجه نفيه قوله ﷺ: "لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج"[7]، فجعل من وصف الحداد أن تكون مؤمنة، ولأنها لما كانت عدتها الاستبراء دون عدة الوفاة كذلك لا إحداد عليها اعتبارا بالأمة والأول أصح.

---

(1) انظر: المدونة: (76/2)، الرسالة: (ص: 207)، الكافي: (ص: 295).
(2) لم أعثر على من نفاه.
(3) انظر: مختصر القدوري مع شرح الميداني: (85/3)، تحفة الفقهاء: (252/1).
(4) أخرجه البخاري في الطلاق، باب: تحد المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشراً: (185/5)، ومسلم في الطلاق، باب: وجوب الإحداد في عدة الوفاة: (1124/2)
(5) انظر: المدونة: (76/2)، التفريع: (119/2)، الرسالة: (ص: 207)، الكافي: (ص: 295).
(6) زوج: سقطت من (م).
(7) سبق تخريج الحديث قريباً.

فصل: [5. لا إحداد على الأمة ولا على أم الولد]

لا إحداد على الأمة؛ ولا على أم الولد[1]؛ لأنها ليست بزوجة ولأن الملك لا يقصد للوطئ.

فصل: [6. معنى الإحداد]

الإحداد هو الامتناع من الزينة والطيب كله ومصبغ اللباس كالأحمر والأصفر والأخضر والخلوق[2]؛ لأن هذه الألوان يتزين بها النساء لأزواجهن ويتصنعن بها وليس منها الأسود والأبيض والسابري[3]، والامتناع من الحلي كله الخاتم فما فوقه، وكذلك الكحل والحناء إلا للضرورة والامتشاط بما يختمر في الرأس[4] والإدهان المطيبة كالبان[5] والخيري[6] ودهن الورد والبنفسج وجميع ما يتزين به النساء لأزواجهن مما يثيربه الشهوة ويبعث على الجماع[7].

فصل: [7. في منع المعتدة من وفاة أو طلاق الانتقال من بيتها]

ولا يجوز لمعتدة من وفاة أو طلاق أن تنتقل عن بيتها التي كانت فيه حتى تنقضي عدتها إلا أن تخاف عورة منزلها أو تدعوها ضرورة لا يمكنها[8] المقام معها، فلها أن تنتقل وتقيم بالموضع الذي تنتقل إليه، وكذلك إن كانت الدار مستأجرة جاز لها الانتقال[9].

---

(1) انظر: المراجع السابقة.
(2) الخلوق: ما يتخلق به من الطيب وهو مائع فيه صفرة (المصباح المنير ص: 180).
(3) السابري: نوع رقيق من الثياب قيل: نسبه إلى سابور من مدن فارس (المصباح المنير ص: 263).
(4) بما يختمر في الرأس: يعنى ما تشتم رائحته والخمرة الطيب (غرر المقالة ص: 207).
(5) البان: شجر معروف ودهن البان منه (المصباح المنير ص: 66).
(6) الخيري: هو أذكى نبات البادية ريحاً، يخرج دهنه ويدخل في الأدوية (المصباح المنير ص: 184).
(7) انظر: المدونة: (76/2)، التفريع: (19/2-220)، الرسالة: (ص: 207)، الكافى: (ص: 95).
(8) في (م): لا يمكن.
(9) انظر: المدونة: (103/2-104)، التفريع: (120/2)، الرسالة: (ص: 208)، الكافى: (ص: 295-296).

وإنما قلنا ذلك في المتوفى عنها لحديث الفريعة[1] لما سألت رسول الله- ﷺ- فقالت: إن زوجي خرج في طلب أَعْبُد له ضلُّوا فلما أدركهم قتلوه فأعتد في بيت أهلي، فقال: "امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله" [2].

وإنما قلنا ذلك في المطلقة خلافاً للشافعي في المبتوتة[3]؛ لأنها معتدة كالمتوفى عنها، وإنما أجزنا لها ذلك إذا خافت عورة المنزل لأنها ضرورة وتغرير بالنفس أو بالمال، وكذلك إذا أخرجها ملاك المنزل؛ لأن الخروج يلزمها.

وإنما قلنا: إنها تقيم بالموضع الذي انتقلت إليه؛ لأنه موضع يلزمها الاعتداد فيه كالأول، ولها أن تخرج في حوائجها نهاراً، وفي الليل وقت هدوء الناس لضرورتها إلى التصرف في أمورها، وقد لا تجد نائباً عنها، وذلك بخلاف المبيت؛ لأنه ضرورة بها إلى المبيت.

(1) الفريعة: بالتصغير- بنت مالك بن سنان الأنصارية، أخت أبي سعيد الخدري، صحابية لها حديث قضى به عثمان، ويقال: لها الفارعة (تقريب التهذيب، ص: 752).

(2) أخرجه أبو داود في الطلاق، باب: في المتوفى عنها تنتقل: (723/1)، والنسائي في الطلاق باب: مقام المتوفى عنها زوجها.. (165/6)، وابن ماجه في الطلاق، باب: أين تعتد المتوفى عنها زوجها؟ (654/1)، والترمذي في الطلاق، باب: ما جاء أين تعتد المتوفى عنها زوجها: (508/3)، وقال حسن صحيح.

(3) انظر: الأم: (226/5)، الإقناع (ص: 155).

باب: النفقة والسكنى للمطلقة الرجعية

والمطلقة الرجعية لها النفقة والسكنى[1] لثبوت الزوجية بينهما، وأحكامها من لحوق الإيلاء والظهار والطلاق والتوارث.

فصل: [1. منع النفقة عن المبتوتة]

ولا نفقة للمبتوتة إذا لم تكن حاملاً خلافاً لأبي حنيفة[2]؛ لقوله تعالى:[3]، فإذا انتفى الشرط وهو الحمل انتفى الوجوب، ولنفيه ﷺ النفقة لفاطمة بنت قيس وكانت مبتوتة[4]، ولأنه نوع من البينونة كالموت، وكذلك المختلعة مثلها.

فصل: [2. النفقة للمطلقة الحامل]

وللمطلقة الحامل النفقة رجعية أو بائنة: أما الرجعية، فإن أحكام الزوجية ثابتة بينهما، ولأن النفقة ثابتة لها وإن لم تكن حاملاً فمع الحمل أولى، وأما البائن فلقوله عز وجل: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمۡلٖ فَأَنفِقُواْ عَلَيۡهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعۡنَ حَمۡلَهُنَّ﴾[5]، ولأن البينونة إنما تؤثر في سقوط النفقة في الزوجية وهذه النفقة للحمل، وإن كان لا يصل إليه إلا من جهة الإنفاق على الأم، وهذا في الزوج الحر، فأما العبد فلا تلزمه على حمل كان الحمل حراً أو رقاً؛ لأن نفقة الرق على مالكه والحر من فقراء المسلمين.

---

(1) في أحكام النفقة والسكنى انظر: المدونة: (2/105-108)، التفريعي: (2/120)، الرسالة: (ص: 208)، الكافي: (ص: 295-296).

(2) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 225)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (3/86).

(3) سورة الطلاق، الآية: 6.

(4) أخرجه مسلم في الطلاق، باب: المطلقة البائنة لا نفقة لها: (2/1114).

(5) سورة الطلاق، الآية: 6.

فصل: [3. في عدم النفقة للملاعنة]

لا نفقة للملاعنة حاملاً كانت أو حائلاً[1]؛ لأنها بائن بالفسخ حملها منتف عنه بلعانه فلا تلزمه النفقة على حمل ليس منه.

فصل: [4. وجوب السكنى لكل مطلقة]

تجب السكنى لكل مطلقة مدخول بها[2]؛ لأنه إن كانت رجعية فخصائص النكاح ثابتة بينهما ما خلا الوطء، وكذلك النفقة واجبة لها بالزوجية والسكنى تابع للنفقة، فأما البائن فلا نفقة لها ولها السكنى[3] خلافا لابن أبي ليلى[4]؛ لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾[5]، وهذا عائد على المطلقات وخاص في المبتوتات، وقوله: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ﴾[6] ولأن السكنى لحرمة النسب ووجوب حفظه، وذلك لا يزول بزوال الزوجية ويفارق النفقة؛ لأنها عوض من الاستمتاع وقد زال.

فصل: [5. في عدم النفقة لمعتدة من وفاة]

لا نفقة لمعتدة من وفاة[7]؛ لأنها قد بانت بموت الزوج، ولأن ملكه قد زال عنه بالموت، فلو وجبت لها النفقة بحق الزوجية لكانت تلزم في حق الورثة وهذا غير جائز.

---

(1) انظر: التفريع: (114/2)، الرسالة: (ص: 108)، الكافي: (ص: 298).
(2) انظر: المدونة: (108/2)، التفريع: (120/2-121)، الرسالة: (ص: 208)، الكافي: (ص: 295-296).
(3) فلا نفقة لها ولها السكنى: سقطت من (م).
(4) ابن أبي ليلى: محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى مفتي الكوفي وقاضيها، أبو عبد الرحمن الأنصاري، أخذ عن الشعبي وعطاء ونافع العمري، وحدث عنه الثوري وسفيان بن عيينة وغيرهما، كان نظيراً لأبي حنيفة في الفقه (ت148هـ) (سير أعلام النبلاء: 310/6).
(5) سورة الطلاق، الآية: 6.
(6) سورة الطلاق الآية: 1.
(7) انظر: المدونة: (110/2)، التفريع: (112/2)، الرسالة: (ص: 208)، الكافي: (ص: 298).

فصل: [6. سواء كانت المعتدة من وفاة حاملاً أو حائلاً]

وسواء كانت حاملاً خلافاً لمن حُكي عنه وجوب النفقة لها إذا كانت حاملاً[1] لأن نفقة الحمل ليست بدين ثابت مستقر بدليل أن أباه لو كان معسراً لم يلزمه شيء وموته أبلغ في إعساره[2]، فلو أوجبناها بعد الموت لكان إيجاباً مبتدأ في حق الورثة، وذلك غير جائز.

فصل: [7. وجوب السكنى للمعتدة من وفاة]

والسكنى واجبة لها إن كانت الدار للميت مملوكة الرقبة أو المنافع خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا سكنى لها[3]؛ لقوله ﷺ: "امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله"[4]، ولأن ذلك يتعلق به حق الله؟ وحق الميت وحق النسب، فأشبه الكفن، وإن لم يكن للميت منزل كانت السكنى عليها ولم يلزم الورثة أن يسكنوها من أموالهم ولا من التركة.

فصل: [8. إرضاع المرأة ولدها ما دامت زوجة لأبيه]

وعلى المرأة إرضاع ولدها ما دامت زوجة لأبيه إلا أن يكون مثلها لا يرضع، إما لشرف أو علو قدر يعلم أن مثلها لا ترضع أو أن تكون سقيمة أو قليلة اللبن، فعلى الأب حينئذ إرضاعه من ماله[5]، وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يلزمها ذلك على وجه[6]، وقال أبو ثور فيما يحكى عنه: يلزمها على كل وجه[7].

---

(1) في أحد قولي الحنابلة (انظر: المغني: 608/7).
(2) في (م): في اعتباره.
(3) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 226)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (93/3).
(4) سبق تخريج الحديث.
(5) انظر: المدونة: (294/2)، التفريع: (112/2)، الرسالة: (ص: 208)، الكافي: (ص: 297).
(6) انظر: مختصر القدوري مع شرح الميداني: (99/3)، المهذب: (166/2).
(7) انظر: المهذب: (166/2).

فدليلنا على لزومه لها إذا كانت بالصفة التي ذكرناها قوله تعالى: ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾[1]، وهذا إن كانت صيغته الخبر، فالمراد به الأمر، ولأن العرف جار بذلك في غالب أحوال الناس أن المرأة تلى بنفسها إرضاع ولدها من غير تكليف الزوج أجرة، وما جرى مجرى العرف به كان كالمشترط، ولأنه لو كان لا يقبل من غيرها للزمها إرضاعه لحق الولد وما يستحق على الإنسان ويجبر عليه لا يستحق عليه أجرة ألا ترى أنه لما لم يلزم الأجنبية ذلك كان لها الأجرة.

ودليلنا على أبي ثور أنها إذا كانت شريفة ومثلها لا ترضع فالعرف جار بأن الإرضاع على الزوج، وعلى ذلك دَخَلا فلم يلزمها ما لم تدخل عليه إلا بشرط.

فصل: [9. إذا كان مثلها يرضع فطلقها الأب]

وإذا كان مثلها يرضع فطلقها الأب فلا يلزمها الإرضاع[2] إلا بأجرة إنّ دفع إليها؛ لقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾[3]، ولأن المعنى الذي كان يوجب عليها ذلك هو الزوجية، وقد زالت فزال الحكم الواجب به.

فصل: [10. نفقة الحامل المتوفى عنها في رضاع ابنها]

وإذا أرضعت الحامل المتوفى عنها فرضاعها في مال الصبي[4]؛ لأن المرأة لا يلزمها إرضاع ولدها ولا النفقة عليه ولا يلزم الورثة ذلك لما نذكره فيما بعد وهو من فقراء المسلمين، فإن كان الصبي لا يقبل من غيرها ولا مال له لزمها إرضاعه؛ لأن في ذلك إضاعته وإتلافه، وقد قال تعالى:[5].

(1) سورة البقرة، الآية: 233.
(2) الإرضاع: سقطت من (ق).
(3) سورة الطلاق، الآية: 6.
(4) انظر: المدونة: (294/2)، التفريع: (112/2)، الرسالة: (ص: 208).
(5) سورة البقرة، الآية: 233.

باب: النفقة على الولد الصغير

تلزم الرجل نفقة ولده الصغير إذا كان فقير[1] لقوله تعالى: ﴿ وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾[2]، وقوله: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾[3]، وقوله: ﴿ وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَوْلَٰدَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَٰقٍ ﴾[4]، وقوله ﷺ: "تقول امرأتك انفق علي أو طلقني، ويقول عبدك: أنفق عليَّ أو بعني، ويقول ولدك: إلى من تكلني"[5]، فبيَّن أن النفقة تلزم لكل واحد ممن ذكر[6]، وأنه يحتج بما ذكره، ولا خلاف في ذلك[7].

وإنما شرطنا الصغر لعجزهم عن التكسيب والتحيل لقوتهم.

وشرطنا الفقر للاتفاق على أنه إن كان لهم مال لم يلزم أحد أن ينفق عليهم، فإذا بلغوا نظر، فإن كان سليماً صحيحاً سقطت النفقة عن الغلام وإن بلغ مجنوناً أو زمناً فالنفقة لازمة للأب عليه لأن ذلك يمنع التكسب ويحول دون التطلب فإن صح الزمن واستغنى الفقير سقطت نفقته ثم لا تعود إن عاد ذلك به لأن نفقته تجب باستصحاب الوجوب بالصغر دون الابتداء.

(1) في جملة أحكام النفقة على الأقارب انظر: المدونة: (2/247-251)، التفريع: (2/112-113)، الرسالة: (ص: 209)، الكافي: (ص: 298-299).
(2) سورة الطلاق، الآية: 6.
(3) سورة الطلاق، الآية: 6.
(4) سورة الإسراء، الآية: 31.
(5) سبق تخريج الحديث.
(6) في (م): ذكرنا.
(7) انظر: المغني: (7/582).

فصل: [1. النفقة على البنت]

وأما البنت فالنفقة تلزم الأب عليها إلى أن تبلغ ويدخل بها زوجها خلافاً للشافعي في قوله: إن النفقة تسقط عنهن ببلوغهن[1]؛ لأن أمرهن آكد من الذكور؛ لأنهن لا يقدرن على التكسب إلا إذا تزوجن، فإذا تزوجت الابنة ولزم الزوج نفقتها ثم عادت إلى الأب لا يلزمه الإنفاق بعد سقوطه عنه.

فصل: [2. عدم إلزام المرأة بالنفقة على ولدها]

ولا يلزم الأم النفقة على ولدها لا في حياة الأب ولا بعد موته لا في يسره، ولا في عسره[2] خلافاً للشافعي[3]؛ لأن كل من لا يلزمها إرضاعه في بعض الأحوال إلا بعوض لم يلزمها الإنفاق عليه كالأجنبية، ولأن الإنفاق إذا وجب على شخص لم ينتقل إلى غيره، وكذلك إذا حال دونه حائل لا ترجع النفقة عليه ونفقة هذا الولد كانت لازمة للأب، فإذا فقد الأب أو أعسر لم يلزم غيره كما لا يلزم سائر الأقارب.

فصل: [3. في نفقة الولد الموسر على أبويه المعسرين]

يجب على الولد الموسر النفقة على أبويه المعسرين[4]؛ لقوله تعالى: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾[5]، وقوله عزَّ وجَلَّ: ﴿وَبِٱلْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَٰنًا﴾[6] ويلزمه النفقة على الفقير منهما، وإن كان صحيحا خلافاً للشافعي[7] اعتباراً بالأمانة، ولأن أمرهما آكد من أمر الولد، والمسلم والكافر في ذلك سواء.

---

(1) انظر: مختصر المزني: (ص: 234)، الإقناع: (ص: 143).
(2) انظر: المدونة: (248/2)، التفريع: (112/2)، الكافي: (ص: 298).
(3) انظر: الأم: (100/5)، مختصر المزني (ص: 234)، الإقناع (ص: 143).
(4) انظر: المدونة: (248/2)، التفريع: (114/2)، الرسالة: (ص: 309)، الكافي: (ص: 298).
(5) سورة لقمان، الآية: 15.
(6) سورة البقرة، الآية: 83.
(7) انظر: مختصر المزني (ص: 234-235)، الإقناع (ص: 143).

فصل: [4. عدم وجوب النفقة على ولد الولد ولا على الجد]

والجد لا تلزمه النفقة على ولد الولد ولا يلزم ولد الولد الإنفاق على جدهم[1] خلافاً للشافعي[2]؛ لأن النفقة على الأقارب لا تجب انتقالاً، وإنما تجب ابتداء، ونفقة الجد لازمة للأب فلا تنتقل إلى ولده، وكذلك نفقة الولد لازمة لأبيهم فلا تنتقل إلى جدهم.

فصل: [5. عدم وجوب النفقة على الأخوة والأعمام وولد الأخوة وغيرهم]

لا تجب النفقة على من سوى هؤلاء من الأقارب كالإخوة والأخوات والأعمام والعمات وولد الأخوة، وغيرهم[3] خلافاً لأبي حنيفة في إيجابه النفقة على كل ذي رحم محرم[4]، ولأن كل قرابة تعرت عن ولادة مباشرة لم يستحق بها نفقة، كبني العمومة.

---

(1) انظر: المدونة: (2/250-251)، التفريع: (2/113)، الرسالة: (ص: 209)، الكافي: (ص: 299).
(2) انظر: الأم: (5/100)، الإقناع (ص: 143).
(3) انظر: التفريع: (2/113)، الرسالة: (ص: 209)، الكافي: (ص: 299).
(4) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 223-224)، مختصر القدوري - مع شرح الميداني: (3/105).

باب: في الحضانة[1]

إذا طلَّق الرجل امرأته فالحضانة لأمهم[2]؛ لقوله ﷺ للأم: "أنت أحق به ما لم تنكحي"[3]، ولأن المراعاة في ذلك حفظ الولد والإشفاق عليه والقيام بمصالحه ومراعاة أموره والأم أقوم[4] بذلك من الأب ومن كل أحد.

فصل: [1. الحضانة حق للأم أو للولد]

واختلف عنه هل هي حق للأم أو للولد عليها[5]؟ فإذا قلنا: إنها حق للأم فلقوله ﷺ: "أنت أحق به ما لم تنكحي"[6]، ولأنها[7] يلحقها ضرر بالتفرقة بينها وبين ولدها مع كونها أحنّ عليه وأنفق به.

وإذا قلنا: إنها حق للولد فلأن الغرض حفظ الصبي ومراعاته ومصلحته دون مراعاة أمر الأم، ألا ترى أنه يؤخذ منها إذا تزوجت، وإن لحقها الضرر بأخذه، وكذلك إذا غاب الأب غيبة استقرار.

فصل: [2. انقطاع حضانة الأم بزواجها]

إذا تزوجت الأم، فما لم يدخل بها فهي أحق به، فإن دخل بها انقطعت حضانتها[8]؛ لقوله ﷺ: "أنت أحق به ما لم تنكحي"[9]، ولأن الصبي

---

(1) الحضانة: أصله من حضن الطائر فراخه إذا غطاها بجناحيه، وفي الاصطلاح هي حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه (انظر: غرر المقالة ص 208، حدود ابن عرفة ص 230).
(2) انظر: المدونة: (2/244-247)، التفريع: (2/70-72)، الرسالة: (ص: 208)، الكافي: (ص: 296-297).
(3) أخرجه أبو داود في الطلاق، باب: من أحق بالولد (2/707)، والحاكم (2/207)، وقال صحيح الإسناد.
(4) في (ق): أقوى.
(5) انظر: المدونة: (2/244)، التفريع: (2/71)، الكافي: (ص: 296).
(6) سبق تخريج الحديث قريباً.
(7) في (م) و(ر): ولأنه.
(8) انظر: المدونة: (2/244-245)، التفريع: (2/70-71)، الرسالة: (ص: 208)، الكافي: (ص: 296).
(9) سبق تخريج الحديث قريباً.

يلحقه ضرر ويتكره الزوج له وتضجره به، ولأن الأم تدعوها الضرورة إلى التقصير في تعهده طلباً لمرضاة الزوج، وكان ذلك الأب يضر بالصبي، فلذلك زال حقها من الحضانة فإن طلقها أو مات عنها كان لها أخذه لزوال المانع.

فصل: [3. متى تنقطع الحضانة]

يحضن الغلام إلى أن يبلغ والجارية إلى أن تنكح ويدخل بها زوجها[1] خلافاً للشافعي في قوله: إن حضانتها تسقط ببلوغها[2]، لقوله ﷺ: "ما لم تنكحي"[3]، فأطلق؛ ولأن الابنة تحتاج إلى الحفظ والمراعاة إلى أكثر مما يحتاج إليه الابن وبلوغها لا يزيل ذلك؛ لأنها معرضة للأزواج وبنفس بلوغها لا تعرف مصالح نفسها والأزواج يرغبون فيمن يكنفها أبوها وأمها ومن لم تخرج عن حضانتهما ومراعاتهما أكثر من رغبتهم في المتخلية بنفسها، فكانت المصلحة لها في تبقية حق الحضانة عليها.

فصل: [4. الأب يخرج إلى بلد آخر ويريد أخذ الطفل معه]

إذا أراد الأب الخروج إلى بلد آخر وأراد أخذ الطفل معه، فإن كان لحاجة أو تجارة فليس له أخذه معه[4] لأن كونه مع أمه أصلح وأحوط عليه، وإن كان لنقله عنه وإقامة بغيره فله أخذه والانتقال به[5]، ولا مقال للأم لأن كونه مع أبيه على هذا الوجه أحفظ له.

---

(1) انظر: المدونة: (246/2)، التفريع: (72/2)، الكافي: (ص: 297).
(2) انظر: الأم: (92/5-93)، الإقناع (ص: 161).
(3) سبق تخريج الحديث قريباً.
(4) انظر: المدونة: (236/2)، التفريع: (70/2)، الكافي: (ص: 297).
(5) الانتقال به: سقطت من (م) ومن (ر).

فصل: [5. انتقال الحضانة من الأم إلى أمها]

إذا انتقلت الحضانة عن الأم بموتها أو بتزويجها أو بعجزها فإنها تنتقل إلى أمها وهي جدة الطفل[1] إن كانت غير ذات زوج إلا أن يكون الزوج جد الصبي فلا يسقط حق الجدة من الحضانة، لأن جده لا يضجر به ولا يؤدي كونه معها إلى تقصير في حق الطفل، والأجنبي بخلاف ذلك ثم من بعد أم الأم إلى الخالة، فإن لم يكن من جهة الأم أحد انتقلت على جهة الأب، فكانت أم الأب وأخته وهي عمة الصبي، وكذلك أخوات الصبي يثبت لهن حق الحضانة لإشفاقهن عليه وقُدِّم قرابة الأم على قرابات الأب كما قدمت الأم على الأب وقدمت[2] الجدة على الخالة لأنها أقرب وهي والدة وكذلك قدمت أم الأب على العمة لأنها والدة.

فصل: [6. في ترتيب حق الحضانة]

واختلف إذا انتقلت الحضانة عن جهة الأم أيهما أولى الأب أو قراباته، فإذا قلنا: إن الأب أولى فلأن به يدلون فالأصل أولى، وإذا قلنا: إنهن أولى فلأنهن، وإن كن يدلين به فهن أرفق بالصبي وألطف تأتياً له في مصالحه وتعهده، ولأن الأب لا يمكن أن يحفظه بنفسه لأن ذلك لا يليه الرجال بنفوسهم وإنما يستنيبون غيرهم من النساء فكان النساء أولى[3].

---

(1) في جملة أحكام ترتيب الحضانة انظر: المدونة: (2/245-246)، التفريع: (2/71)، الرسالة: (ص: 208)، الكافي: (ص: 296).

(2) في (م): قدم.

(3) انظر المراجع التي سبق ذكرها.

فصل: [7. في انتقال الحضانة إلى عصبة الطفل]

فإن لم يكن أحد[1] من قرابات الأم ولا الأب كان حق الحضانة متنقلا إلى عصبة الطفل؛ لأن إضاعته غير جائزة، وقد لزمهم بحكم القرابة حفظه ومراعاته كما يثبت لهم حق في ميراثه، وعليهم في العقل عنه.

---

(1) لم يكن أحد: سقطت من (ق).

باب: في استبراء الأمة

ومن ملك أمة يوطأ مثلها حاملاً من غيره بأي وجه ملكها فلا يجوز له وطؤها ولا التلذذ بشيء[1] منها حتى تضع، وإن كانت حائلاً حتى يستبرئها بحيضة إن كانت ممن تحيض أو بثلاثة أشهر إن كانت لا تحيض وإن ارتفعت حيضتها وارتاب لذلك فتسعة أشهر، وليس عليه استبراء من لا يوطأ مثلها، ولا من يعلم براءة رحمها بأن كانت في حيازته فحاضت عنده[2].

وإنما قلنا ذلك لقوله ﷺ: "لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تحيض"[3]، وقال: "من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماء زرع غيره"[4].

وإنما قلنا: إنه لا يتلذذ بشيء منها لأن كل معنى يمنع استباحة الوطء منع التلذذ بما دونه إذا كان الحق الغير أصله الأجنبية.

وإنما قلنا ذلك إن حيضة واحدة تكفى لأنها تدل على براءة الرحم في الغالب ولا يتعلق بها عبادة كالعدّة.

وإنما قلنا: إن كانت لا تحيض فثلاثة أشهر خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[5] في قولهما: إنها تستبرأ بشهر؛ لأن كل من عدم منها الحيض

---

(1) بشيء: سقطت من (م).
(2) انظر: المدونة: (345/2-349)، التفريع: (121/2-122)، الرسالة: (ص: 208)، الكافى: (ص: 300).
(3) أخرجه أبو داود في النكاح، باب: وطء السبايا (614/2)، والحاكم: (195/2)، وقال: صحيح على شرط مسلم.
(4) أخرجه أبو داود في النكاح، باب: في وطء السبايا (615/2)، والترمذي في باب: ما جاء الرجل يشتري الجارية: (437/3)، وأحمد: (108/4).
(5) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 218)، الإقناع: (ص: 154).

وخيف من جهتها الحمل فلا يجوز وطؤها قبل ثلاثة أشهر أصله المعتدة، ولأن بالشهر الواحد لا يتبين أمارة الحمل؛ لأن أقل ما يتبين فيه ثلاثة أشهر.

وإنما قلنا: إذا ارتابت بارتفاع الحيض جلست تسعة أشهر؛ لأنها الغالب من مدة الحمل والبراءة تقع بها في الغالب. وإنما قلنا: إن من لا يوطأ مثلها للصغر، أو للهرم فلا يلزم استبراؤها خلافاً للشافعي[1]؛ لأن العلم بت[2] حاصل ببراءة رحمها فلم يحتج إلى استبراء كوضع الحمل. وإنما قلنا: إن من هي في حيازته لا استبراء عليه؛ لأنه عالم ببراءة رحمها قبل انتقال الملك فلا حاجة به إلى تجديده.

فصل: [1. استبراء الأَمَة قبل بيعها]

ولا يجوز لمن وطئ أمَة أن يبيعها قبل استبرائها؛ لأنه لا يأمن أن يكون رحمها مشغولاً بمائه فيكون بائعاً لولده ولأم ولده، ولا يجوز للمشتري أن يطأها حتى يستبريها لما ذكرناه، فإن اتفقا على استبراء واحد جاز؛ لأن الغرض الذي له يراد يحصل وهو العلم ببراءة الرحم[3].

فصل: [2. حرمة الوطء والتلذذ بالأمة في عدتها من طلاق أو وفاة]

ولا يجوز لمبتاع أَمَة في عدة طلاق أو وفاة أن يطأها أو يقبلها، أو يتلذذ بشيء منها حتى تخرج من عدتها؛ لأنه لما لم يجز نكاحها في هذه الحال لم يجز وطؤها بالملك، كما لو كانت تحت زوج[4].

---

(1) انظر: الأم: (214/5)، الإقناع (ص: 154).
(2) البت هو القطع (غرر المقالة ص: 202)، وفي (ر): الثابت.
(3) انظر: المدونة: (346/2/2)، التفريع: (122/2-123)، الرسالة: (ص: 201)، الكافى: (ص: 300).
(4) انظر: المراجع السابقة.

باب: في الرضاع[1]

الأصل في التحريم بالرضاع [2] في الأعيان المحرمات قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾ [3]، وقول النبي -ﷺ-: "يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة"[4]، وقوله: "إنما الرضاعة من المجاعة"[5] ولإجماع[6] الأمة على ذلك[7].

فصل: [1. القدر المحرم من الرضاع وشرطه]

وإذا وصل إلى جوف الرضيع شيء من لبن المرأة برضاع، أو وجور[8] أو ما يعلم وصوله إلى الجوف من سعوط[9] أو حقنة في مدة الحولين فقط دون زيادة عليهما[10] في رواية ذكرها محمد بن عبد الحكم أو زيادة يسيرة في رواية أبيه[11] أو بزيادة الشهر ونحوه في رواية عبد الملك أو الشهرين في رواية ابن القاسم من ذات لبن ولادة من حلال أو حرام أو من درور من غير الولادة من صغيرة أو يائسة أو حية أو ميتة منفرداً بنفسه أو مختلطاً بما لم يستهلك فيه، فإنه يحرم ويصير به المرضع ابناً للمرضعة يحرم بها نكاحها ولا

---

(1) سقط عنوان الباب من (م).
(2) **الرضاع:** قال ابن عرفة: الرضاع عرفاً: وصول لبن آدمي بمحل مظنة غذاء (حدود ابن عرفة ص: 223).
(3) سورة النساء، الآية: 23.
(4) أخرجه البخاري في الشهادات، باب: الشهادة على الأنساب: (149/3)، و مسلم في الرضاع: (1068/2).
(5) أخرجه البخاري في النكاح، باب: من قال لا رضاع بعد حولين: (125/6)، ومسلم في الرضاع: باب: إنما الرضاعة من المجاعة: (1078/2).
(6) في (ق): ولأن الإجماع.
(7) انظر: المحلى: (144/11)، شرح مسلم: (202/6)، فتح الباري: (115/9).
(8) الوجور: هو أن يصب اللبن في الحلق عنوة (الفواكه الدواني:59/2).
(9) السعوط: هو أن يصب اللبن في الأنف (الفواكه الدواني:59/2).
(10) في (م): عليها.
(11) في (م): ابنه.

عدة عليها[1]، وتنتشر به الحرمة بينه وبين من له اللبن، ولا يجوز له إن كانت أنثى نكاحها ولا نكاح من لو كان ابنها من النسب[2] لحرم عليه[3].

فصل: [2. وجه تحريم الرضاع بالقليل من اللبن]

وإنما قلنا: إن تحريم الرضاع يقع بالقليل من اللبن من غير حد للشافعي في قوله: لا يحرم إلا خمس رضعات[4]؛ لقوله تعالى: [5] فأطلق، وقوله ﷺ: "إنما الرضاعة من المجاعة"[6]، وقوله: "إنما الرضاع ما أنبت اللحم، وأنشر العظم"[7]، وهذا يحصل للقليل بقسطه كما يحصل للكثير بقسطه، وقوله: "يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة"[8]، وقد ثبت أن التحريم بالنسب لا يفتقر إلى عدد[9] من الولادة، وكذلك الرضاع، ولأن كل معنى أوجب حرمة مؤبدة فالمعتبر وجوده من غير عدد كالعقد والوطء، واعتباراً بقلة الارتضاع من آدمية في مدة الحولين قبل الاستغناء بالطعام.

فصل: [3. في أن الوجور يحرم]

وإنما قلنا: إن الوجور يحرم خلافاً لداود[10]؛ لأن الرضاع عبارة عن وصول اللبن إلى جوف الطفل على وجه التغذية وأحوال الأطفال تختلف، فمنهم من يلتقم الثدي، ومنهم من لم يلتقمه فيوجر بالمسعطة، ومنهم من يوجر بالثدي نفسه، وكل ذلك رضاع واعتباراً بوصوله إلى جوفه بالتقام الثدي.

---

(1) ولا عدة: سقطت من (ق) ومن (ر).
(2) في (م): من النساء.
(3) في جملة هذه الأحكام انظر: المدونة: (288/2)، التفريع: (68/2-69)، الكافي: (ص: 242).
(4) انظر: الأم: (31/5). مختصر المزني: (ص: 227).
(5) سورة النساء، الآية: 23.
(6) سبق تخريج الحديث قريباً.
(7) أخرجه أبو داود في النكاح، باب: رضاعة الكبير: (549/2)، من حديث أبي موسى الهلالي عن أبيه قال أبو حاتم: مجهولان، وأخرجه البيهقي: (461/7) من وجه آخر (تلخيص الحبير: 4/4).
(8) سبق تخريج الحديث قريباً.
(9) في (م): عدة.
(10) انظر: بداية المجتهد: (438/6)، المغني: (538/7).

فصل: [4. التحريم بالسعوط]

فأما السعوط قال ابن القاسم: إن وصل إلى الجوف حرّم، وأطلق ابن حبيب أنه يحرّم وهو قول الشافعي[1]، وقال غيره: أنه لا يحرّم، وليس بقول لأحد من أصحابنا: إنه إن علم وصوله إلى الجوف لم يحرم لأن وصول اللبن إلى الجوف في مدة الحولين والحاجة إلى التغذية به يوجب[2] التحريم كالارتضاع، وقول ابن القاسم أصح من اعتبار الإطلاق، ولأن الاعتبار في الرضاع بما يقع الاغتذاء به، ولأن اللبن إذا لم يصل إلى الجوف كان وصوله إلى الدماغ كجريانه على ظاهر[3] البدن.

فصل: [5. التحريم بالحقنة]

فأما الحقنة فأطلق ابن حبيب التحريم بها وعلق ابن القاسم الجواب فيها بالعلم بوصول اللبن إلى الجوف وهذا هو الصحيح إن أمكن ذلك، ويبعد أن يصل إلى موضع يحصل به الغذاء، والله أعلم.

فصل: [6. الرضاعة المحرمة التي تكون في الحولين]

وإنما شرطنا أن يكون في الحولين خلافاً لمن قال: إن رضاعة الكبير تحرم[4]؛ لقوله تعالى: ﴿ **وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ** ﴾[5]، وقوله ﷺ: "إنما الرضاعة من المجاعة"[6]، وقوله: "لا رضاع إلا بما فتق الأمعاء"[7]، وقوله: "الرضاع ما أنبت اللحم، وأنشر العظم"[8]، وكل ذلك منتف عن رضاعة الكبير.

---

(1) انظر: الأم: (29/5). مختصر المزني: (ص: 227).

(2) في (م): فوجب.

(3) في (م): سائر.

(4) كانت عائشة –رضي الله عنها- ترى رضاعة الكبير تحرم، ويروى هذا عن عطاء والليث وداود، المغني: (542/7).

(5) سورة البقرة، الآية: 233.

(6) سبق تخريج الحديث.

(7) أخرجه الترمذي في الرضاع، باب: ما جاء ما ذكر أن الرضاعة لا تحرم إلا في الصغر.. (458/3)، وقال: حسن صحيح.

(8) سبق تخريج الحديث.

فصل: [7. في عدم مراعاة ما زاد على الحولين]

ووجه قوله: إنه لا يراعى زيادة على الحولين بوجه قوله تعالى: ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ﴾[1]، فدل على أن ما زاد عليها ليس من الرضاعة المعتبرة، ولأنه رضاع بعد حولين أصله بعد ستة أشهر، ولأن ذلك حسم للباب: وإن لم يكن بعض المدة الزائدة بأولى من بعض.

فصل: [8. في وجه تجويز الزيادة اليسيرة]

وجه تجويز الزيادة اليسيرة ذلك في حكم الحولين؛ لأن المرضع قد لا يستغني بالطعام لضعف قوته عن الاغتذاء بغيره، فكان ما قاربها في حكمها لهذا المعنى، وليس لما قدر بشهر أو شهرين دليل يتحرز.

فصل: [9. إذا فصل في الحولين واستغنى عن اللبن بالطعام]

إذا فصل في الحولين واستغنى عن اللبن[2] بالطعام لم يحرم ما ارتضع في الحولين[3] بعد ذلك[4] خلافاً للشافعي[5] وابن حبيب لقوله ﷺ: "إنما الرضاعة من المجاعة"[6]، وسائر الأخبار، ولأنه مستغنى بالطعام أصله بعد الحولين.

فصل: [10. التسوية بين اللبن إذا كان حادثا عن وطء حلال أو حرام]

وإنما سوينا في ذلك بين أن يكون اللبن حادثاً عن وطء حلال أو حرام؛ لعموم الظواهر والأخبار، ولأن الاعتبار بوقوع الغذاء به وذلك يستويان فيه.

---

(1) سورة البقرة، الآية: 233.
(2) عن اللبن: سقطت من (م).
(3) في الحولين: سقطت من (م).
(4) انظر: المدونة: (288/2)، التفريع: (69/2)، الكافي: (ص: 242).
(5) انظر: الأم: (26/5-29). مختصر المزني: (ص: 227).
(6) سبق تخريج الحديث.

فصل: [11. التسوية بين درور لبن من الموطوءة وغيرها]

وإنما سوينا بين درور اللبن ممن لم توطأ وبين الموطوءة واليائسة والحادث عن وطء لما ذكرناه من العموم، وللمعنى المعتبر وهو حصول الغذاء به.

فصل: [12. التسوية بين اللبن الحية ولبن الميتة]

وإنما سوينا بين لبن الحية والميتة خلافاً للشافعي(1)؛ لعموم الظواهر والأخبار، ولأنه مؤثر في التحريم وصل إلى جوف المرضع في مدة الرضاع وحاجته إلى الاغتذاء به، فوجب أن ينشر الحرمة أصله اللبن الذي يؤخذ(2) منها حال الحياة.

فصل [13. إذا اختلط اللبن بما لم يستهلك]

وإنما قلنا: إنه يحرم وإن اختلط بما لم يستهلك فيه؛ لأن الغلبة للَّبن، ولأن الغذاء يحصل به، فأما إذا استهلك فيما خالطه من ماء أو مائع أو دواء أو طعام، فعند ابن القاسم أن التحريم لا يقع به وهو قول أبي حنيفة(3)، وعند ابن حبيب وذكره عن جماعة من أصحابنا أنه يحرم وهو قول الشافعي(4).

فوجه قول ابن القاسم أن استهلاكه يبطل حكمه بدليل أن الحالف لا يشرب لبناً لا يحنث لشربه، ولأن تعليق التحريم باللبن كتعليق وجوب الحد بشرب الخمر، ثم قد ثبت أن النقطة من الخمر إذا استهلكت في الماء بأنه لا يتعلق بشربه حد، فكذلك اللبن.

ووجه قول ابن حبيب أن اختلاط اللبن بغيره لا ينفي حكمه، كما لو لم يستهلك فيه، ولأن الغذاء يحصل للطفل بالمختلط كله.

---

(1) انظر: الأم: (31/5). مختصر المزني: (ص: 227-228).
(2) في (م): يوجد.
(3) انظر: مختصر الطحاوي، (ص: 222)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (34/3).
(4) انظر: مختصر المزني: (ص: 227)، الإقناع: (ص: 160).

فصل: [14. تحريم تزوج المرضعة بمن أرضعته]

وإنما قلنا: إنه يحرم على المرضعة التزوج بمن أرضعته وعلى من له اللبن أن يتزوج الأنثى التي أرضعت[1] من لبنه لقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ﴾[2]، وقوله تعالى: ﴿وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾[3]، وقوله ﷺ: "يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة"[4].

فإذا أرضعت المرأة صبياً حرمت هي عليه وكل من ولدته قبل الذي ارتضع من لبنها أو بعده؛ لأنهن أخواته، وتحرم عليه أخته المرضعة، لأن خالته، وأخت الزوج الذي له اللبن لأنها عمته، وبناته لأنهن أخواته من أبيه؛ وقس على هذا كل ما يرد عليك من التحريم على ما يحرم من النسب، ولا يحرم على أخي المرتضع بنات المرضعة لأنهن لسن بأخوات له، وإنما هن أخوات أخيه.

فصل: [15. لبن الفحل]

ولبن الفحل يحرم ويتصور مع افتراق الأُمَّيْن: كرجل له امرأتان ترضع إحداهما صبياً والأخرى صبية فيحرم أحداهما على الآخر لأنهما أخوان للأب[5] ومن الناس من ذهب إلى أن لبن الفحل لا يحرم[6]..

ودليلنا قوله ﷺ: "يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة"[7]، وحديث عائشة -رضي الله عنها- لما أبت أن تأذن[8] لعمها من الرضاعة وقالت:

---

(1) في (ق): ارتضعت.
(2) سورة النساء، الآية: 23.
(3) سورة النساء، الآية: 23.
(4) سبق تخريج الحديث.
(5) انظر: المدونة: (289/2)، التفريع: (69/2)، الكافي: (ص: 243).
(6) رخص فيه سعيد بن المسيب وأبو سلمة بن يسار وعطاء بن يسار والنخعي وأبو قلابة (المغني: 572/6).
(7) سبق تخريج الحديث.
(8) في (م): لما أتت لتأذن.

إنما أرضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل، فقال ﷺ: "إنه عمك فليلج عليك"[1]..

ولأنهما يشتركان في اللبن، ولأنه أحد الأبوين فلم يعتبر اجتماعهما فيه، ولأنه تحريم يثبت بالنسب فثبت بالرضاع، كتحريم الأمومة.

فصل: [16. سفر المرضعة مع من أرضعته]

وتسافر مع من أرضعته[2]؛ لأنه ذو محرم لها كالابن من الولادة[3].

فصل: [17. حكم إرضاع المطلقة بعد دخولها بزوج ثان من اللبن الأول]

وإذا أرضعت المرأة صبياً بعد أن طلقت وتزوجت فوطئها الزوج الثاني واللبن متصل غير منقطع كان ابناً للزوجين؛ لأن اللبن لهما، فإن انقطع اللبن الأول ثم حدث لبن ثان كانت الحرمة للثاني دون الأول لانفراده باللبن[4]، والله أعلم.

(آخر كتاب النكاح والحمد لله كثيراً)[5].

---

(1) أخرجه البخاري في الشهادات، باب: الشهادة على الأنساب: (149/3)، و مسلم في الرضاع، باب: تحريم الرضاعة من ماء الفحل (1079/2).
(2) ذو: سقطت من (م).
(3) انظر: التفريع: (70/2)، الكافي: (ص: 242).
(4) انظر: التفريع: (69/2)، الكافي: (ص: 243).
(5) ما بين قوسين: سقط من (ق).

كتاب البيوع[1]

الربا[2] في المبيعات يكون من وجهين وهما التفاضل والنساء[3].

فأما التفاضل فالذي ورد النص به وانعقد الإجماع عليه[4]: هو في الجنس الواحد من الذهب والفضة والبر والشعير والتمر والملح، والأصل فيه قوله ﷺ: "الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما"[5]، وقوله: "لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين"[6]، وقوله: "لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل، ولا تشفوا[7] بعضها على بعض ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض"[8]، وقال ابن عمر: الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم، لا فضل بينهما هذا عهد نبينا -ﷺ- إلينا وعهدنا إليكم[9]، وما روي عن ابن عباس في ذلك فقد ثبت رجوعه منه[10].

---

(1) **البيع لغة**: هو الإخراج، واصطلاحاً قال ابن عرفة: البيع الأعم: عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة (انظر: حدود ابن عرفة ص: 232، والفواكه الدواني: 77/2).

(2) الربا لغة: هو الزيادة والنماء والعلو (معجم مقاييس اللغة: 483/2).

(3) التفاضل: وهو الزيادة والنساء: وهو التأخير (الفواكه الدواني: 78/2).

(4) انظر: المجموع: (442/9)، نيل الأوطار: (189/5).

(5) أخرجه مسلم في المساقاة، باب: الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً: (1212/3).

(6) أخرجه أحمد: (379/2) وعزاه الهيثمي إلى الطبراني (مجمع الزوائد: 105/4).

(7) تشفوا: أي تزيدوا، وقد استعمل في النقص أيضاً (المصباح المنير ص: 317).

(8) أخرجه البخاري في البيوع، باب: بيع الفضة بالفضة: (30/3)، ومسلم في المساقاة، باب: الربا: (1209/3).

(9) أخرجه البيهقي: (279/5).

(10) وقد نقل أنه اختلف في رجوعه (انظر: عبد الرزاق: 118/8).

فصل[1. منع بيع كل جنس بشيء من جنسه]

وموضوع كل جنس من ذلك لا يجوز بيعه بشيء من جنسه إلا مثلاً بمثل[1] خلافاً لمن أجاز أن يستفضل بينهما قيمة الصياغة[2]، للظواهر التي ذكرناها، وروي في هذا: أن صائغاً سأل ابن عمر فقال: أصوغ الذهب ثم أبيعه بأكثر من وزنه واستفضل فيه قدر عمل يدي، فنهاه ابن عمر عن ذلك، وقال: الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما، هذا عهد نبينا -ﷺ- إلينا وعهدنا إليكم[3]، ونحو هذا ما جرى بين أبي الدرداء[4] ومعاوية في سقاية الذهب أو الورق[5]، وكتاب عمر-رضي الله عنه- إلى معاوية - رحمه الله-: لا تبع ذلك إلا مثلاً بمثل وزناً بوزن[6]، ولأنه ذهب بذهب فأشبه المضروب والمصُوغ مصوغ.

فصل:[2. تحريم التفاضل في المسميات]

وأما الأربعة المسميات فالأصل فيه[7] حديث عبادة[8] وغيره أنه ﷺ قال: "الذهب بالذهب ولا الورق بالورق، ولا البر بالبر، ولا الشعير بالشعير، ولا التمر بالتمر، ولا الملح بالملح إلا سواء بسواء عيناً بعين يداً بيد، فمن زاد أو استزاد فقد أربى"[9]، (ولا خلاف[10] في تحريم التفاضل في الجنس من هذه

(1) انظر: المدونة: (3/99-100)، التفريع: (2/125)، الرسالة: (ص: 211)، الكافى: (ص: 302-303).
(2) أجازه الحنابلة (انظر: (المغني: 4/11).
(3) سبق تخريج هذا الخبر قريباً.
(4) أبو الدرداء: عويمر بن زيد بن قيس الأنصاري، صحابي جليل، أول مشاهده أُحُد، وكان عابداً، مات في أواخر خلافة عثمان، وقيل: عاش بعد ذلك (تقريب التهذيب، ص: 434).
(5) أخرجه البيهقي: (5/280).
(6) أخرجه البيهقي: (5/292).
(7) في (م): فيها.
(8) **عبادة بن الصامت:** بن قيس الأنصاري الخزرجي، أبو الوليد المدني، أحد النقباء، بدري مشهور، مات بالرملة سنة أربع وثلاثين وله اثنتان وسبعون، وقيل: عاش إلى خلافة معاوية، قال سعيد بن عفير، كان طوله عشرة أشبار (تقريب التهذيب، ص: 292).
(9) أخرجه مسلم في المساقاة، باب: الربا: (3/1210)،
(10) انظر الإجماع (ص: 118)، المجموع: (9/444)، المحلى: (9/502)، (المغني: 4/4).

المسميات)[1]، وفي طريق آخر: "البر بالبر مداً بمد والشعير بالشعير مداً بمد والملح بالملح مداً بمد، فمن زاد أو استزاد فقد أربى"[2] ولا خلاف في تحريم التفاضل في الجنس من هذه المسميات[3].

فصل[3. في كون التحريم متعلق بمعاني هذه المسميات دون أسمائها]

التحريم متعلق بمعاني[4] هذه المسميات دون أسمائها[5] خلافاً لداود ونفاة القياس في قصرهم ذلك عليها دون تعديه إلى الفروع[6]، فيتصور الخلاف معهم في الأرز والذرة والدخن والزبيب وغير ذلك مما لم يتناوله النص باسمه: فعندنا فيه الربا وعندهم لا ربا فيه، ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾[7]، والربا الزيادة في اللغة[8]، ونهيه ﷺ عن بيع الطعام بالطعام إلا مثلاً بمثل[9] فعم، وقوله: "إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم" [10]، فدل أن اتفاقهما مانع من التفاضل، وفي حديث عبادة أنه ﷺ قال: لا تبيعوا الذهب بالذهب.. إلى أن قال: "حتى الملح بالملح"[11]، فجعل غاية لما ابتدأ به وهو الذهب والفضة والبر، فدل على أن ما بينهما في حكمها، ولأن ذلك مبني على صحة القياس وثبوت التعليل.

---

(1) ما بين قوسين: سقط من (م).
(2) أخرجه البيهقي: (291/5) بإسناد جيد (إرواء الغليل: 196/5).
(3) انظر: المراجع التي سبق ذكرها قريباً.
(4) معاني: سقطت من (ق).
(5) انظر في هذا المدونة: (173-99/3)، التفريع: (126-125/2)، الرسالة: (ص: 211)، الكافي: (ص: 303).
(6) انظر: المحلى: (588/9).
(7) سورة البقرة، الآية: 275.
(8) كما سبق تعريفنا له.
(9) أخرجه مسلم في المساقاة، باب: بيع الطعام مثلاً بمثل: (1214/3).
(10) هو جزء من الحديث السابق.
(11) سبق تخريج الحديث قريباً.

فصل[4. ثبوت تعليل هذه المسميات وحصر هذه العِلَّة]

إذا ثبت أن هذه المسميات معللة وأن التحريم يتعلق بمعانيها، فالعِلَّة فيها[1] عندنا: أنها مأكولة مدخرة للعيش غالباً هذا حصر أوصاف العلة، ومن أصحابنا من يعبر عنها بالقوت وما يصلحه والمعنى واحد[2]، وقال أبو حنيفة العلة الكيل والوزن مع الجنس[3]، وقال الشافعي: العلة كونه مطعوماً جنساً[4].

فدليلنا: أنه قد ثبت أن نصه ﷺ على البر وما ذكر معه ليفيد به معنى لا يعلم مع عدمه ولا مع نصه على غيره، فلو أراد مجرد الأكل على ما يقوله الشافعي لاكتفى بالنص على واحد منها[5]، إذ الأكل متساو في جميعها وليس يختلف عنده، فكان يذكر أصنافه لينبه[6] على صنف بما ينص عليه منه، وكذلك لو أراد الكيل بمجرده لكان يكتفى أن ينص على واحد منها[7] إذ الكيل متساو في جميعها، وعلى قولنا: لا يعرى نصه على كل واحد منها من فائدة فنصه على البر لينبه به على كل مقتات تعم الحاجة إليه وتقوم الأبدان بتناوله، ونصه على الشعير ليبين مشاركته للبر في ذلك، وإن انفرد بصفة بكونه علفاً، وإنه يكون قوتاً حال الاضطرار فنبه على الذرة والدخن وغيرهما، ونصه على التمر[8] لينبه به على كل حلاوة مدخرة غالباً لأصل المعاش كالعسل والزبيب والسكر وما في معناه، ونصه على الملح تنبيهاً[9]

---

(1) فيها سقطت من (م).
(2) انظر: المراجع التي ذكرناها في أول الفصل السابق.
(3) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 75)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (37/2).
(4) انظر: الأم: (15/3-18)، مختصر المزني (ص: 77)، الإقناع (ص: 95).
(5) في (م): منهما.
(6) لينبه: سقطت من (م).
(7) في (م): منهما.
(8) في (ق): الثمن.
(9) في (م): ينبه.

على أن ما يصلح المقتات من المأكولات في حكمها كالأبازير[1] وما في معناها فبان صحة ما اخترناه؛ لأن تنبيهه ﷺ على العلل من أقوى ما يستدل به عليها،ولأنه قال: "حتى الملح" فجعله غاية بينه وبين ما نص عليه، وإنما هو غاية لأدناه وليس يضاف بالدناءة إلى الأقوات فقط، ولأن الطعم مراعى عندنا (وغير مراعى عندهم، وقد قال النبي ﷺ: "الطعام بالطعام مثلاً بمثل"[2] فوجب اعتبار الطعام ولأن التفاضل يحرم)[3] عندنا في قليل المنصوص عليه وكثيره وعندهم لا يحرم إلا فيما يتأتى كيله فيجوز عندهم الكف من الحنطة بالكفين والعموم يمنعه، وربما سلك في ذلك طريق القياس فقيل: لأن كل جنس حرم التفاضل في كثيره حرم في قليله كالذهب والفضة، ولأن علتهم فاسدة لأنها ترفع الأصل الذي انتزعت منه وهو عموم الخبر في معنى التفاضل، والعلة إذا عادت لمخالفة أصلها وجب فسادها، ولأن الشيء الواحد إذا كان علماً على حكم لم يجز أن يكون علماً على ضده والكيل علم[4] على التحليل فلم يكن علة للتحريم، ولأن علتنا أرجح لأن الربا إنما حرم حراسة للأموال وحفظاً لها، فكان في أغلى المكيلات كما كان في أغلى الموزونات وهو الذهب والفضة.

فصل[5.في علة الذهب والفضة]

فأما علة الذهب والفضة فكونهما أصول الأثمان وقيم المتلفات، وهذه العلة عندنا مقصورة والتعليل بها سائغ؛ لأن قصد التعدي في العلة ليس فيه أكثر من تعذر القياس وذلك لأن يخرجها عن أن تكون علة كما لو نص على كونها علة وعلى منع القياس، ولأن قصرها لا يفيد منع الحمل للفرع

(1) الأبازير: مفردها بزر وهو كل حب يبذر، وقال ابن فارس: هو شيء من الحبوب (معجم مقاييس اللغة: 246/1).
(2) سبق تخريج الحديث.
(3) ما بين قوسين: سقط من (م).
(4) في (م): علماً.

عليها، وذلك مستفاد بالتعليل، كالتعدي، ولأنه ﷺ لما نص على الذهب والفضة ولم ينص على ما سواهما دلَّ على أنهما مختصان بذلك؛ لأنه ليس مشارك لهما في وضعهما الأخص، ونفرض الكلام في أن الرصاص والنحاس لا ربا فيه فتقول: كل جنس جاز[1] التفاضل بين مهمله ومعموله، فلا ربا فيه أصله التراب والقصب.

فصل[6.ما شارك في علة هذه المسميات يأخذ حكمها]

إذا ثبت أن العلة في المسميات الأربعة ما ذكرناه، فكل ما شاركها في علتها مشارك لها في حكمها كالأرز والذرة والدخن والقطنية[2] واللحوم والألبان والخلول الأباير وسائر الفواكه المدخرة للقوت والتمر والزبيب والزيتون وسائر ما في معناها، وكذلك العسل والسكر، ولا ربا في تفاح ولا في بطيخ ولا خيار ولا قثاء ولا ما لا يدخر[3].

فصل[7. تحريم التفاضل في الجنس الواحد دون الجنسين]

والتفاضل يحرم في الجنس دون الجنسين؛ لقوله ﷺ: "البر بالبر، والشعير[4] بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح" [5]، فقصر التحريم على الجنس بجنسه، وقال: "فإذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم"[6] وهذا نص.

(1) جاز: سقطت من (ق).
(2) القطنية: هي كل ما له غلاف كالفول والعدس والحمص وغيرها (الفواكه الدواني:336/1).
(3) انظر: المدونة: (177/1- 179)، التفريع: (126/2)، الرسالة: (ص: 211)، الكافي: (ص: 312).
(4) بالشعير: سقطت من (م).
(5) سبق تخريج الحديث.
(6) سبق تخريج الحديث.

فصل[8.الربا في الجنس الواحد]

والحنطة والشعير والسلت في حكم الواحد لا يجوز التفاضل في بيع بعضها ببعض[1] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما: إنها أجناس[2]؛ لقوله: "الطعام بالطعام مثلاً بمثل"[3]، ولأنهما متقاربة في المنبت والمحصد وأن أحدهما لا يكاد ينفك، فكان كالعلس مع الحنطة[4].

فصل[9.ما تجمع أنواعه في الزكاة فإنه صنف واحد]

وكل ما تجمع أنواعه في الزكاة فإنه صنف واحد في البيوع، فالتمر وألوانه صنف، وكذلك الزبيب وأنواعه، والمشمش وأنواعه، وقد بيَّنا الاختلاف في القطنية في الزكاة، وأما الأرز والدخن والذرة فكل واحد منها على حدته.

فصل[10.الربا في اللحم]

اللحم فيه الربا؛ لأنه مقتات، واللحوم على ثلاثة أنواع: فلحوم الأنعام والوحش صنف، ولحوم الطير صنف وحشيّة وإنسيّة، ولحوم دواب الماء صنف، وقال بعض أصحابنا: والجراد صنف رابع[5]، وقال أبو حنيفة: هي أجناس مختلفة باختلاف الحيوان[6]، وقال الشافعي في بعض أقاويله: إنها صنف واحد[7]، فالخلاف مع أبي حنيفة في بيع لحم البقر بلحم الغنم متفاضلاً فمنعاه وجوّزه.

---

(1) انظر: المدونة: (3/177-178)، التفريع: (2/126)، الرسالة: (ص: 210-211)، الكافي: (ص: 309-310).
(2) انظر: مختصر الطحاوى (ص: 76)، مختصر المزني (ص: 77).
(3) سبق تخريج الحديث.
(4) العَلَس- بفتحتين-: ضرب من الحنطة يكون في القشرة منه حبتان، وقد تكون واحدة أو ثلاث، وقال بعضهم: هو حبة سوداء تؤكل في الجدب، وقيل: هو مثل البر إلا أنه عسر الاستنقاء، وقيل: هو العدس (المصباح المنير ص: 425).
(5) انظر: المدونة: (2/178)، التفريع: (2/126-127)، الرسالة: (ص: 211)، الكافي: (ص: 312- 313).
(6) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 76)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (1/41).
(7) انظر: الأم: (3/25-26)، مختصر المزني (ص: 78).

ودليلنا قوله ﷺ: "الطعام بالطعام مثلاً بمثل"[1]، ولأنه لحم حيوان من بهيمة الأنعام، فلم يجز بيعه بلحم شيء من الحيوان المشارك له في هذا الوصف متفاضلاً أصله إذا كان من نوعه لحم الغنم بلحم الغنم متفاضلاً، ولأن الأغراض متقاربة فيهما وتوكل على حد متقارب غير متباين.

فصل[11.وجه جواز التفاضل بين لحم البقر ولحم الطير والسمك]

والخلاف مع الشافعي في جواز لحم البقر بلحم الطير والسمك متفاضلاً فجوزناه ومنعه[2]، ودليلنا قوله ﷺ: "إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم"[3]، والجنسية ها هنا المراد بها الأغراض والمنافع وقد ثبت أن لحم السمك ليس من جنس لحم الإبل؛ لأنهما لا يتفقان في منفعة ولا في غرض ولا يؤكل كل واحد منهما[4] على الوجه الذي يؤكل عليه الآخر، ولأن السمك طعام لا يحتاج إلى ذكاة. فجاز بيعه بلحم الطير متفاضلاً أصله اللبن.

فصل[12.في بيع الشحم والكبد والفؤاد والطحال وغيرها بشيء من اللحم]

والشحم والكبد والفؤاد والطحال والحلقوم والخصي وما جرى مجرى ذلك له حكم اللحم فلا يجوز بيع شيء منه بلحم متفاضل[5] خلافاً لمن أجازه في بعض ذلك وفي جميعه[6]؛ لأنه نوع مأكول من جسد الشاة كاللحم، ولأن جميع جسد الشاة قد أجري مجرى واحداً ولم يخرجه اختلاف أسمائه وأحواله من كونه لحماً لاتفاقهم على منع التفاضل بين الكرش والكبد، واللحم، فكذلك الشحم وغيره.

---

(1) سبق تخريج هذا الحديث.
(2) في (م): منعوا.
(3) سبق تخريج هذا الحديث.
(4) في (م):أحدهما.
(5) في (م): متفاضلاً.
(6) جوَّزه الحنابلة (المغنى: 34/4).

فصل [13. في بيع الماء والطعام]

والماء لا ربا فيه على ظاهر المذهب، وروى ابن نافع عن مالك: منع بيع الطعام إلى أجل، قال أصحابنا: يجئ على هذا أن يحرم بيعه قبل قبضه، وإنما[1] يحرم التفاضل في جنسه[2]، فوجه نفي الربا عنه أن التفاضل إنما يحرم حراسة للأموال وحفظاً لها، فلذلك قضى على ما تمس الحاجة إليه من المأكولات دون غيره والماء أصله مباح غير متشاح فيه، فكان منافياً لموضوع المقصود بالربا، ووجه إثباته أنه في معنى القوت لأن الحاجة إليه أمس منها إلى الخبز إذ غير الخبز يقوم مقامه والماء لا يقوم غيره مقامه، فكان تحريم التفاضل فيه أولى.

(1) في (ق): إن.
(2) انظر: المدونة: (165/3).

باب: في بيع المزابنة

بيع المزابنة[1] ممنوع[2] لنهيه عن بيع المزابنة[3]، وحصر هذا الباب[4]: بيع معلوم بمجهول من جنسه أو مجهول بمجهول من جنسه، فمن المعلوم بالمجهول من جنسه بيع التمر بالرطب والزبيب بالعنب واللحم بالحي المأكول من جنسه لا يصلح إلا للَّحم كالمعلوف والكسير والمشوى بالطري النيئ، والمالح والقديد بالطري من الحيتان وغيرها، الجنس بجنسه والحنطة المبلولة باليابسة وبالمبلولة إلا أن يكون البلل واحداً، ومنع بيع الدقيق بالعجين والحنطة بالعجين، ولا بأس الدقيق بالدقيق والرطب بالرطب[5] متماثلا عند مالك ومنعه عبد الملك وكذلك التمر العتيق بالحديث، واختلف في الحنطة بالدقيق ولا بأس بالحنطة بالسويق والدقيق بالخبز متفاضلاً، ومتماثلاً، وكذلك العجين بالخبز، ولا بأس باللحم النيئ بالمطبوخ متفاضلاً ومتماثلاً، وكذلك التمر والرطب[6] بخلعهما ولا بأس؛ اللبن باللبن حال رطوبتهما[7].

---

(1) **المزابنة:** أصل المزابنة المدافعة يقال: زابنه إذا دافعه (غرر المقالة ص: 220).

(2) انظر: التفريع: (165/2)، الرسالة: (ص: 215)، الكافى: (ص:313-314).

(3) أخرجه البخاري في المساقاة ، باب: الرجل يكون له ممر: (81/3)، ومسلم في البيوع، باب: النهي عن المحاقلة والمزابنة (1174/3).

(4) في (م):حصرها.

(5) في (ق): ولا بأس الدقيق بالدقيق ولا بأس الرطب بالتمر.

(6) في (م): والرطب التمر.

(7) انظر في جملة هذه الأحكام المدونة: (173/3-179)، التفريع: (126/2-127)، الرسالة: (ص: 211)، الكافى: (ص: 309-314).

فصل[1.دليل منع بيع الرطب بالتمر]

وإنما منعنا بين الرطب بالتمر خلافاً لأبي حنيفة[1]؛ لقوله ﷺ وسئل عن ذلك فقال "أينقص الرطب إذا يبس" قالوا: نعم، قال: "فلا إذا"[2]، وروي: "فنهى عنه"، وروي: "لا تبايعوا الرطب بالرطب"[3]، وروى ابن عمر: رسول الله–ﷺ–: "نهى عن المزابنة"[4]، والمزابنة بيع الرطب بالتمر، ولأنه جنس فيه الربا بيْع منه مجهول بمعلوم فلم يجز أصله بيع الشيرج[5] بالسمسم والزيتون بالزيت، ولأن المماثلة شرط في هذا الموضع وهي معدومة؛ لأن التمر والرطب غير متناه، وذلك يمنع التماثل وإذا ثبت المنع من ذلك فكل ما ذكرنا من بابه، فحكمه في المنع مثله[6] من الحي بالميت والمشوي بالطري والمبلول باليابس وسائر ما في بابه.

فصل[2.في بيع الرطب بالرطب]

وأما الرطب بالرطب فإنما أجزناه خلافاً للشافعي[7] وعبد الملك، لقوله ﷺ: "لا تبايعوا التمر بالتمر حتى يبدوا صلاحها"[8] وما بعد الغاية بخلاف ما قبلها، ولأنها ثمرة بيعت بجنسها وهما على حال يتساويان فيها، فجاز في ذلك أصله التمر بالتمر، ولأن كل جنس جاز بيع بعضه ببعض حال جفافها جاز حال رطوبتها كاللبن باللبن.

---

(1) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 77)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (40/2).
(2) أخرجه أبو داود في البيوع، باب: في التمر بالتمر: (254/3)، والترمذي في البيوع، باب: ما جاء في النهي عن المحاقلة والمزابنة (528/3)، وقال: حديث حسن صحيح.
(3) أخرجه البيهقي: (296/5).
(4) سبق تخريج الحديث قريباً.
(5) الشيرج: دهن السمسم (المصباح المنير ص: 308).
(6) مثله: سقطت من (م).
(7) انظر: الأم: (19/5)، مختصر المزني (ص: 77)، الإقناع (ص: 95).
(8) سبق تخريج الحديث قريباً.

فصل[3.في بيع الحنطة بالدقيق]

فأما الحنطة بالدقيق، فاختلف أصحابنا في تخريجه على المذهب، فمنهم من يقول: إن المسألة على روايتين، ومنهم من يقول: ليس بخلاف قول، وإنما هو اختلاف حالين، فإن كان كيلاً بكيل فلا يجوز وإن كان وزناً بوزن جاز[1]، فوجه الجواز أنه ليس في طحن الحنطة أكثر من تفريق أجزائها، وذلك لا يمنع الكيل ولا ينافي[2] المماثلة، ووجه المنع أن المماثلة ممتنعة فيها[3]؛ لأنه إن كان كيلاً بكيل أدى إلى التفاضل؛ لأن الحب إذا طحن تفرقت أجزاؤه ولم تجتمع بعد ذلك اجتماع الحب بخلقته في الأصل فيجئ من صاع بر أكثر من صاع الدقيق، وإن كان وزناً بوزن امتنع؛ لأن طريق التماثل في ذلك الكيل فلا يجوز غيره.

فصل[4. بيع الدقيق بالدقيق]

وإنما أجزنا بيع الدقيق بالدقيق متماثلاً خلافاً للشافعي[4]؛ لأن التساوي فيه موجود في الحال كالحنطة بالحنطة.

فصل[5. جواز بيع الحنطة والدقيق متفاضلاً]

فأما تجويز التفاضل بين الحنطة والدقيق بخبزهما وسويقهما خلافاً للشافعي[5] فالنكتة فيه وفي جواز اللحم النيئ بالمطبوخ متفاضلاً والرطب والتمر[6] فجعلهما واحدة في جميع هذا الباب وهي: أن الصنعة تغير ما تدخله من الجنس حتى تجعله في حكم الجنس المفرد لأنه لا يصلح لِمَا كان يصلح له أولاً، وتختلف الأغراض فيه إذ لا يقول أحد أن منفعة التمر تقارب

---

(1) انظر: المدونة: (177/3)، التفريع: (128/2)، الكافي: (ص: 313).
(2) في (م): لا يأتي.
(3) فيها: سقطت من (ق).
(4) انظر: الأم: (5/19-21)، مختصر المزني (ص: 77)، الإقناع (ص: 95).
(5) انظر: الأم: (5/19-21)، مختصر المزني (ص: 77)، الإقناع (ص: 95).
(6) في (م): بالتمر.

منفعة الخل، وكذلك الحنطة والسويق والخبز والدقيق لأن تأثير النار في الطبخ والخبز من تباين المنافع وتغيير الصنعة ما ينفي التقارب ويوجب التفاوت والتباين، وإذا ثبت ذلك جاز التفاضل فيه بمثل ما له جاز في الجنسين المتباينين، وأما جواز بيع التين بالتين[1] رطبين متماثلين فللتساوي في المنافع[2] والحال، فقد سلما من الربا والمزابنة.

فصل[6. في بيع رطب من ثمره بيابس مزابنة]

وما ذكرنا من أن بيع رطب من ثمره بيابس مزابنة، فإنما ذلك في الجنس؛ لأن التفاضل في الجنسين غير ممنوع، فيجوز بيع التمر بالعنب والرطب بالزبيب وجميع ما في هذا المعنى، وهذا فيما يحرم التفاضل في جنسه إذا بيع بعضه ببعض، فأما ما لا ربا فيه كالخوخ والمشمش وغيرهما فيجوز بيع الرطب باليابس إذا تحقق التفاضل ويمنع مع الاحتمال والشك ليخرج عن المخاطرة.

فصل[7. في بيع المجهول بالمجهول]

وأما بيع المجهول بالمجهول من جنسه مما لا يجوز التفاضل فيه فغير جائز، وهو من باب المزابنة وذلك كالصبرة بالصبرة وثمرة نخلة بثمرة نخلة أخرى، لأن عدم التماثل يقوم في المنع مقام تحقق[3] التفاضل؛ لأن التماثل إذا لم يوجد فشرط جواز البيع غير حاصل.

فصل[8. في قسمة وبيع اللحم على التحرى]

يجوز قسمة اللحم على التحرى وكذلك بيعه، ومن أصحابنا من يطلق ذلك ومنهم من يشترط[4] فيه تعذر الموازين، وكذلك البيض بالبيض والخبز

---

(1) في (م): اللبن باللبن.
(2) في (ق): في المبلغ.
(3) في (م): تحقيق.
(4) في (م): يشرط.

بالخبز والرطب بالرطب واليابس باليابس[1]، وعند أبي حنيفة والشافعي أن ذلك جائز[2].

وإنما قلنا: ذلك للعمل المستفيض من الصحابة في الأسفار أنهم كانوا يقتسمون اللحوم على التحري، والقسمة بيع كل واحد من المقتسمين حظه بحظ صاحبه، ولأن الحذر في الشرع قد جعل طريقاً إلى جواز البيع فيما شرط فيه الكيل والوزن، وسبباً لمعرفة المقدار فيما يعرفان به عند[3] تعذرهما، ألا ترى أنا نجيز ذلك في الزكاة والعرايا، فجاز أن يكون التحري في مسألتنا طريقاً إلى معرفة التماثل للضرورة، ووجهها أن الموازين في الأسفار قد تعدم وتتعذر فلو قلنا: إنهم لا يقتسمون اللحم في الأسفار إلا بميزان لشق ذلك[4]، وأدى إلى ضياعه وفوات الانتفاع به، فجاز لهذه الضرورة قسمه وبيعه.

فصل[9. في بيع الطعام بالطعام]

لا يجوز بيع طعام بطعام إلا نقداً ولا يجوز فيه تأخير بوجه كان من جنسه أو من غير جنسه كان مما فيه الربا أو مما لا ربا فيه بيع متفاضلاً أو متماثلاً، ومن شرطه التقابض في المجلس[5]، وقال أبو حنيفة: يجوز أن يفترقا من غير قبض إلا أن يكون المبيع جزءاً مشاعاً[6]، ودليلنا قوله ﷺ: "إنما الربا في النسيئة"[7]، وقوله: " لا تبيعوا الذهب بالذهب ولا الورق بالورق، ولا التمر بالتمر، ولا الشعير بالشعير... إلى أن قال: إلا سواء بسواء عيناً بعين يداً

(1) انظر: المدونة: (178/2)، التفريع: (126/2)، الرسالة: (ص: 215)، الكافي: (ص: 313).
(2) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 76-77)، الأم: (23/5-26).
(3) في (م): بعد.
(4) ذلك: سقطت من (م).
(5) انظر: المدونة: (179/3-180)، التفريع: (131/2)، الرسالة: (ص: 221)، الكافي: (ص: 310-311).
(6) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 76-77)، تحفة الفقهاء: (26/1-27).
(7) أخرجه مسلم في المساقاة، باب: بيع الطعام مثلاً بمثل: (1217/3)، والبخاري في البيوع، باب: بيع الدينار بالدينار نساء: (31/3).

بيد" [1]،ولأن كل شيئين لا يجوز أن يسلم أحدهما في الآخر مع جواز السلم فيه فلا يجوز بيعه به إلا يداً بيد أصله الذهب والفضة أو الذهب في الحلي، ولأنه بيع عين بعين يفسده دخول الأجل، فكان التقابض شرطاً فيه أصله إذا باع جزءاً مشاعاً من صبرة.

(1) سبق تخريج الحديث.

باب: في بيع الطعام قبل قبضه

المبيعات على ضربين: طعام وغير طعام، فالطعام يباع على وجهين: أحدهما على وجه يلزم فيه حق التوفية، وذلك بأن يكون على كيل أو وزن أو عدد، والآخر جزافاً مصبراً، فالقسم الأول لا يجوز بيعه قبل قبضه سواء كان معيناً[1] أو في الذمة[2]، والأصل نهيه ﷺ بقوله: "من ابتاع طعاماً فليس يجوز له[3] أن يبيعه قبل قبضه"[4]، وروي: "قبل أن يستوفيه"، وإذا ثبت ذلك، فكل أنواع الطعام داخلة في المنع من الإدام والقوت والفواكه مما يدخر وما لا يدخر ما فيه الربا وما لا ربا فيه وكذلك الأشربة، وذكر ابن وهب عن مالك أن[5] ما لا ربا فيه يجوز بيعه قبل قبضه؛ لأنه أخفض رتبة من المقتات[6] بدليل إباحة التفاضل فيه وسقوط الزكاة منه[7]، والأول أصح للعموم، ولأن النهي لأجل العينة وأن يعلم أن الشراء لم يكن لها وهذا يستوي فيه المقتات وغيره (ولأن انخفاض حرمته عن المقتات في حكم من الأحكام لا يقتضى انخفاضها عنه في سائرها ألا ترى أنه لا يجوز بيع بعضه إلى أجل من حيث كان طعاماً)[8]، والأدوية والبذور التي تبذر للزرع لا تدخل في هذا لأنها ليست بطعام، وإنما تتناول للحاجة وليس اسم الطعام

---

(1) في (ق): متعيناً.
(2) انظر: المدونة: (166/3)، والتفريع: (131/2-132)، الرسالة: (ص: 211)، الكافي: (ص: 319).
(3) فليس يجوز له: سقطت من (م).
(4) أخرجه البخاري في البيوع، باب: بيع الطعام قبل أن يقبض وبيع ما ليس عندك: (23/3)، ومسلم في البيوع، وباب: بطلان بيع المبيع قبل القبض: (1260/3).
(5) إن: سقطت من (م).
(6) المقتات: سقطت من (م).
(7) وسقوط الزكاة منه: سقطت من (م).
(8) ما بين قوسين: سقط من (م).

لكل ما يتطعم؛ لأنه لو كان كذلك لكان الجص والسم طعاماً لأن له طعماً ولكنه اسم لما جرت العادة بأكله على وجه يؤكل عليه الطعام في العادة من الاقتيات أو الائتدام أو التفكه أو التحلي، وليس التداوي من هذا، فلم يدخل فيه.

فصل[1. دخول ما ملك بعقد معاوضة في النهي عن بيع الطعام قبل قبضه]

إذا ثبت ما ذكرناه فكل طعام ملك بعقد معاوضة مشارك لما ملك بشراء في منع بيعه قبل قبضه: من ذلك ما يملك أجرة في إجارة أو قضاء دين أو مهر أو خلع أو صلح عن دم عمد أو مثلا لمتلف أو أرش جناية في مال مضمون[1] كان أو معيناً، وكل ما يملك بغير معاوضة، فجائز لمن ملكه بيعه قبل قبضه كالميراث الهبة والصدقة وغير ذلك والمقترض يجوز لمقترضه بيعه قبل قبضه؛ لأنه ليس بمبتاع ولا في معنى المبتاع.

فصل[2. جواز هبة وقرض الطعام المبتاع من بيعه قبل قبضه]

لمبتاع الطعام الممنوع من بيعه قبل قبضه أن يهبه ويقرضه ويتصدق به أو يخرجه عن ملكه على غير وجه المبايعة قبل قبضه، ولكن لا يجوز لمن صار إليه ذلك ببعض هذه الوجوه أن يبيعه قبل أن يقبضه[2]، لأنه قائم مقام البائع وعقد هذا الباب: إن كل طعام ابتيع فلم يقبض فلا يجوز أن يقع عليه عقدة بيع حتى يقبض سواء كان ذلك من مبتاعه أو من صار إليه عن مبتاعه.

---

(1) في (م): إن كان مضموناً.

(2) انظر: التفريع: (133/2)، الرسالة: (ص: 211-212)، (الكافى: ص: 320).

فصل[3. إذا باع تمراً واستثنى منه كيلاً معلوماً]

إذا باع تمراً واستثنى منه كيلاً معلوماً، ففيه روايتان[1]: إحداهما أن له بيعه قبل أن يجزه، والأخرى أنه ليس له ذلك، فوجه الجواز لم يبع ما استثناه، وإنما أبقاه على ملكه، ووجه المنع أنه صار شريكاً للمشتري بمقداره من الكيل والأول أصح.

فصل[4. الإقالة والتولية والشركة في الطعام قبل قبضه]

إذا ثبت منع بيع الطعام للمشتري بكيل أو وزن أو عدد قبل استيفائه، فيجوز منه الإقالة والتولية والشركة قبل القبض، وإن كانت بيوعاً[2] لما روي: أنه ﷺ: "نهى عن بيع الطعام قبل قبضه وأرخص في الإقالة والشركة"[3] وهذا نص، ولأن المقصود منها لما كان المعروف دون المتاجرة والمغابنة جاز للرفق واستثنى من أصل البيع كما استثنيت العرية من بيع الرطب بالتمر للرفق، والحوالة من بيع الدين بالدين لأنه لم يقصد فيها ذلك[4]، وهذا إذا وقع العقد الثاني على الوجه الذي وقع عليه العقد الأول بمثل المال لا زيادة فيه ولا نقصان ولا مخالفة في تعجيل أو تأجيل: فيعلم بذلك أن الفاعل له لم يقصد المتاجرة والتربح[5]، وإنما آثر على نفسه وقصد فعل الجميل والرفق بمن فعل ذلك معه، ومتى وقع على خلاف ذلك من زيادة أو نقصان أو مرفق بتأخير أو تعجيل على أنهما لم يريدَا الوجه الذي له وقعت الرخصة، وإنما أرَادَا الوجه الممنوع من بيع الطعام قبل قبضه فمنعنا منه.

---

(1) انظر: التفريع: (2/147-148)، الكافي: (ص: 232).

(2) انظر: المدونة: (3/163)، التفريع: (2/133)، الرسالة: ص: 212، الكافي: ص: 320.

(3) الحديث أخرجه الشيخان من غير: وأرخص في الإقالة والشركة، وهذه الزيادة الواردة في هذا الحديث ذكرها مالك في المدونة عن سعيد بن المسيب وباقي رجال السند ثقات إلا أنه مرسل (انظر: تخريج أحاديث المدونة –للدكتور الدرديري: 3/1094).

(4) في (ق): ذلك.

(5) في (ق): الربح.

فصل[5. في بيع الجزاف أو الصبرة قبل نقله]

ثم عدنا إلى أصل التقسيم فقلنا: وأما ما ابتيع من الطعام جزافاً[1] أو مصبراً[2] فيجوز بيعهن قبل نقله إذا خلى البائع بينه وبينه[3] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[4] لقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾[5]، وروى ابن عمر: أن رسول الله -ﷺ-: "نهى أن يبيع أحد طعاماً اشتراه بكيل حتى يستوفيه"[6] فدلَّ أن الجزاف بخلافه، ولأن الجزاف ليس فيه توفية، فإذا وجدت التخلية لم يبق وراءها توفية تطلب، فجاز بيعه كالمكيل إذا قبض، وقد استحب مالك –رحمه الله– أن يباع بعد نقله ليخرج من الخلاف ويحتاط للعقد.

فصل[6. فيما يجوز بيعه قبل قبضه]

وما عدى الطعام والشراب من سائر العروض والعبيد والحيوان والعقار، وما ينقل ويحول، وما لا ينقل ولا يحول وما يكال أو يوزن وما لا يكال ولا يوزن كان عيناً معينة أو سلماً مضموناً في الذمة فبيعه قبل قبضه جائز في الجملة بخلاف الطعام ما لم يعرض في العقد ما يمنع منه من كونه ديناً بدين أو ذريعة إلى بيع وسلف أو بعض الأشياء الممنوعة[7]، خلافاً لأبي حنيفة في منعه بيع ما ينقل ويحول[8]، والشافعي في منع بيع كل مبيع قبل قبضه من بائعه[9]؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾[10]، وقوله ﷺ:

---

(1) **الجزاف**: الشيء الذي لا يعلم كيله ولا وزنه (المصباح المنير ص: 99)، وعرف ابن عرفة بيع الجزاف بقوله: هو بيع ما يمكن علم قدره دونه (حدود ابن عرفة ص: 240).

(2) **الصبرة**: أي بلا كيل ولا وزن (المصباح المنير ص: 331).

(3) انظر: المدونة: (166/3)، التفريع: (130/2)، الرسالة: (ص: 211)، الكافي: (ص: 326).

(4) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 79)، مختصر المزني: (ص 82).

(5) سورة البقرة، الآية: 275.

(6) أخرجه مسلم في البيوع، باب: بطلان بيع المبيع قبل القبض: (1162/3).

(7) انظر: التفريع: (133/2 -134)، الرسالة: (ص: 211-212)، الكافي: (ص: 319).

(8) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 79)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (34/2).

(9) انظر: الأم: (69/3-74)، مختصر المزني (ص: 82)، الإقناع (ص: 92).

(10) سورة البقرة، الآية: 275.

"من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يقبضه"[1]، فدلَّ أن ما عداه بخلافه، ولأنه إزالة ملك فجاز قبل القبض كالعتق، ولأنه أحد نوعي المبيعات فعدم القبض لا يمنع بيعه أصله المنافع في الإجارة، ولأن الشراء نوع يملك به، فجاز أن يباع ما ملك به قبل القبض كالميراث والوصية ومع أبي حنيفة قياساً على العقار.

فصل[7. اشتراط القبض قبل البيع]

عقود البياعات كلها تقع بالقول وليس القبض شرطاً في انعقادها ولا في لزومها، غير أن في بعضها إن تأخر القبض عن العقد تأخراً شديداً أو افتراقا قبل بطل العقد، وذلك كالصرف وبيع الطعام بالطعام، فأما سائر العروض التي يجوز بيع بعضها ببيع نقداً أو نساء، فإن تأخر القبض لا يبطل العقد فإن تلفت[2] نُظر فإن كان في المبيع حق توفية من كيل أو وزن أو عدد فضمانه من البائع[3] إلا أن يكون كاله، أو وزنه للمشتري فتركه المشتري عنده فيكون حينئذ تلفه من المشترى.

وأما ما ليس فيه حق توفية مثل البيع بعينه أو الجزاف فتلفُهُ من المشترى قبل القبض وبعده دفع المشتري الثمن أو لم يدفعه طالبه بالقبض أو لم يطالبه إلا أن يكون البائع حبسه عنده ليقبض الثمن، فيكون حكمه حكم الرهن، أو منعه ابتداء ظلماً فيكون غاصباً، فأما مع[4] السلامة من ذلك كله فضمانه إن تلف من المشتري[5]خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[6] في قولهما: إن ضمانه من البائع قبل قبض المشتري إياه، فإنّ العقد ينفسخ

(1) سبق تخريج الحديث.
(2) في (ق): تلف.
(3) في (م): البيع.
(4) في (م): بيع.
(5) انظر: التفريع: (2/133-134)، الرسالة: (ص: 219)، الكافي: (ص: 319-320).
(6) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 79)، الأم: (3/72)

بتلفه، لقوله ﷺ: "الخراج بالضمان"[1]، فجعل الضمان ممن يكون له الخراج، وقد ثبت أن خراج هذا المبيع قبل القبض ليكون للمشتري، فكان ضمانه منه، ولأن الملك لا يخلو أن يكون استقر بنفس البيع الذي هو الإيجاب والقبول المطلق، فذلك يوجب أن يكون التلف من المشتري كما بعد القبض أو أن لا يستقر إلا بمعنى زائد عليه وهو القبض فالقبض فرع على الملك وتابع له، لأن البائع يجبر على إقباضه للمشتري ولولا استقرار الملك لم يجبر عليه، وإذا كان البيع لمستقر فالتلف ممن حصل الملك له وامتنع الفسخ عليه، ولأن إعتاق المشتري في العبد نافذ قبل القبض، وذلك ممتنع فيما لم يكن يستقر كبيع الخيار، ولأنه عوض مستحق بعقد معاوضة، فإذا كان معيناً[2] وتلف قبل القبض لم يتلف من المستحق عليه أصله المهر.

فصل[8. في بيع الجزاف]

يجوز بيع الطعام جزافاً في الغرائر[3] وصبراً على الأرض، وكذلك غيره من العروض المكيلة أو المعدودة التي لا خطر لها، وإنما الغرض مبلغها كالجص والنورة والقطن وغير ذلك، ولا يجوز بيع شيء له بال وخطر تكثر قيمته ويعظم الغرر فيه كالعبيد والحيوان والثياب جزافاً.

وقاعدة هذا الباب: أن من المبيع ما يقصد مبلغه دون أعيان آحاده، وذلك كالحنطة والشعير والثمرة والزبيب والجوز واللوز وسائر الفواكه والبقول، فما هذه سبيله يجوز بيعه جزافاً؛ لأنه ليس المقصد إلى عين كل

---

(1) أخرجه أبو داود في البيوع، باب: فيمن اشترى عبداً فاستعمله: (777/3)، والنسائي في البيوع، باب: الخراج بالضمان: (243/2)، وابن ماجه في التجارات، باب: الخراج بالضمان (754/2)، والترمذي فيمن اشترى عبداً واستغله: (581/3)، وأحمد: (49/6)، والدارقطني: (53/3)، البيهقي: (321/5) والحاكم: (51/2)، وصححه ابن القطان (تلخيص الحبير: 22/3).
(2) في (م): متعيناً.
(3) في (ق): العرايا.

واحد من آحاده لأن أحداً لا يقصد عين كل[1] جوزة وبذنجانة، وإنما القصد جملته ومبلغه، فإذا علم ذلك بالحزر عند مشاهدته جاز بيعه كما يجوز[2] بيع الشيء بالخرص فيتعلق به أحكام الكيل والوزن، ولأن القصد المبلغ ليس في جزافه خطر أو غرر فينسب ترك تحقيقه بالكيل أو الوزن إلى قصده، وإما المقصد التخفيف والرفق والراحة من التعب ومؤنة الكيل والوزن من المبيع ما يقصر أعيانه وآحاد جماعات كل عين في نفسها كالعبيد والحيوان والثياب والجواهر، لأن كل واحد من جماعاتها يحتاج إلى اختيار في نفسه والعلم بسلامته من العيوب وليس الغرض المبلغ دون العين، فما هذه سبيله يعظم الخطر فيه ويكثر به الغرر بالمجازفة فيه فلا يجوز بيعه جزافاً[3].

فصل[9. عدم جواز بيع ما يعلم كيله ووزنه جزافاً]

ما علم بائعه كيله أو وزنه فلا يجوز له بيعه إلا بعد أن يعلم[4] المشتري بمبلغه[5] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[6] لقوله ﷺ: "من غشنا فليس منا"[7]، وهذا غش[8] لأن المبتاع يدخل على أن البائع بمثابته في الجهل بمقدار المبيع، وروي: أنه ﷺ: "من علم كيل طعام فلا يبيعه جزافاً حتى يبين"[9] وهذا نص؛ ولأنه باع جزافاً ما يعلم قدر كيله فلم يجز أصله إذا قال: قد بعتك ملء هذه الغرارة والبائع يعلم ما تسع.

---

(1) في (م): كيل.
(2) في (م): يحرر.
(3) في جملة هذه الأحكام انظر: التفريع: (130/2)، الرسالة: (ص 211)، الكافي: (ص: 314- 320- 326).
(4) في (م): إعلام.
(5) انظر: المدونة: (219/3)، التفريع: (130/2)، الكافي: (ص: 326-327).
(6) انظر: مختصر القدوري مع شرح الميداني (7/3-8)، الأم: (63/3-64).
(7) أخرجه مسلم في الإيمان، باب: قول النبي ﷺ: "من غشنا فليس منا": (99/1).
(8) في (ق): أغش.
(9) أخرجه البخاري في البيوع، باب: من رأى إذا اشترى طعاماً جزافاً أن لا يبيعه: (23/3)، ومسلم في البيوع، باب: بطلان بيع المبيع قبل القبض: (161/3).

فصل[10. خيار المشتري إذا علم كيل أو وزن ما اشتراه جزافاً]

إذا ثبت منع ذلك فمتى وقع فالمشترى بالخيار لأنه متعدى عليه لأنه إنما رضي بالمجازفة ودخل على أن البائع بمثابته في الجهل بقدر الكيل[1]، فإذا كتمه ذلك كان تدليساً[2] عليه، فثبت له الخيار كالعيب إذا كتمه وإن بيَّن[3] له فقال أنا أعلم كيلها ولست أعلمك، فإن أردت أن تبتاع على هذا وإلا لم أبعك فرضي المشتري فذلك غير جائز، لأنه رضي بالمخاطرة والغرر وقصد إلى ذلك مع الاستغناء عليه، وذلك مفسد للعقد المبنى عليه.

فصل[11. إذا أخبره بكيله فصدقه وقبضه بغير كيل]

إذا أخبره[4] البائع بكيله فصدقه المشترى عليه وقبضه بغير كيل، فإن كان البيع نقداً جاز، وإن كان إلى أجل فلا يجوز واختلف أصحابنا في تأويله[5]، فمنهم من يحمله على المنع ومنهم من يحمله على الكراهية[6]، وإنما قلنا: إنه إذا كان نقداً جاز؛ لأنه ليس فيه تهمة لأنه لا يخاف منه إن لم يصدقه أن يفوته غرض[7] ويقع لو صدقه لأدركه ولم يفته، والنسيئة بخلاف ذلك لأنه يجوز أن يكون دون ما أخبره[8]، فإن لم يصدقه لم يرض ببيعه منه نسيئة، وإنما غرض البائع في إنسائه أن ينتفع بالنقصان الذي يحتسب له به فيكون من أكل المال بالباطل.

---

(1) في (م): المكيل.
(2) في (م): مدلساً.
(3) في (م): ولم يبين.
(4) في (م): أخبرنا.
(5) انظر: التفريع: (131/2)، الرسالة، (ص: 212-213). الكافي: (ص: 326).
(6) في (م): الكراهة.
(7) في (م): ان يفوته منه غرض.
(8) في (م): ما أجبره.

فصل[12. إذا صدقه بالكيل في النقد ثم ادعى نقصانه]

إذا صدقه بالكيل في النقد[1] ثم ادعى المبتاع نقصانه عما أخبره أو زيادة، فإن كان مما يكون مثله في اختلاف الكيل ويريد رده فلا يرده به، لأن ذلك معفو عنه في العرف كالتغيير الذي يكون في أسفله والتراب الذي يعلم أنه لا ينفك منه، فإن كان زائداً على ذلك خارجاً عما جرى العرف به فله المحاسبة به؛ لأن البائع لم يوفه ما عقد عليه البيع والقدر الفائت لم يوجد له عوض، وذلك إذا صدقه البائع أو كاله بحضرته أو قامت له بينة به قبل أن يغيب عليه، وإن لم يكن له إلا دعواه فلا يقبل ويحلف البائع.

(1) في (م): في الكيل بالنقد.

باب: في أضرب البيع

المبيع على ثلاثة أضرب: عين حاضرة، وغائبة عن العقد، وسلم في الذمة غير معين. فأما بيع العين الحاضرة المرئية مثل أن يقول: بعتك هذا الثوب أو العبد والدابة وهو يراه، فذلك جائز إذا أبصره وخبره ولا خلاف في هذا النوع[1].

فصل[1. بيع الشيء الغائب]

وأما الأعيان الغائبة عن العقد[2] فيجوز بيعها على الصفة، و على ما تقدم رؤيته[3] خلافاً للشافعي في منعه بيعها على الصفة[4]؛ لقوله عز وجل: ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ﴾[5]، ولأنه مبيع معلوم لهما مقدور على تسليمه غالباً كالمرئي، ولأن تتعذر رؤيته تقوم الصفة فيه مقام الرؤية كالسلم.

فصل[2. البيع على غير صفة ولا رؤية]

ولا يجوز بيعه بغير صفة ولا رؤية ولا مع شرط خيار الرؤية وذكر في المدونة جواز ذلك إذا اشترطت فيه خيار الرؤية[6]، وكان شيخنا أبو بكر وأصحابنا يقولون: إنه خارج عن الأصول[7]، وقال أبو حنيفة: يجوز بيع ما لم ير ولم يوصف ويكون للمبتاع خيار الرؤية بنفس العقد[8]، ودليلنا على

---

(1) انظر: المحلي، (270/9)، ومراتب الإجماع: (ص: 84)، بداية المجتهد: (270/7).
(2) عن العقد: سقطت من (م).
(3) انظر: المدونة: (255/3)، التفريع: (170/2)، الرسالة: (ص: 216)، الكافي: (ص: 329.)
(4) انظر: الأم: (20/3)، مختصر المزني (ص: 75،)الإقناع (ص: 96-97).
(5) سورة البقرة، الآية: 275.
(6) المدونة: (255/3).
(7) انظر: التفريع: (170/2-171)، الكافي: (ص: 329).
(8) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 84)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (15/2-17).

منعه: "نهيه ﷺ عن بيع[1] الغرر"[2] وهذا منه، ولأنه مجهول واشتراط خيار الرؤية لا ينفع[3]، كما لا ينفع في بيع الآبق والشارد، ولأن تأخر معرفة المبيع عن العقد يؤذن[4] ببطلانه كالسلم إذا لم يصفه حال العقد.

فصل[3. معيار الصفة المطلوبة في بيع الشيء الغائب]

إذا ثبت جواز بيع الغائب بالصفة، فالذي يحتاج إليه من ذلك كل صفة مقصودة تختلف الأغراض باختلافها وتتفاوت الأثمان لأجلها وتقل الرغبة في العين وتكثر بحسب وجودها وعدمها، ولا يكتفى[5] في ذلك بذكر الجنس والعين[6] فقط، لأن بيع الملامسة لا يعرى من مشاهدة العين ومعرفة الجنس وهو مع ذلك غير جائز ولا يضره الإخلال بما لا يؤثر فيها[7].

فصل[4. إذا جاء المبيع على الصفة المشترطة أو على أعلى أو أدون منها]

وإن جاء المبيع على الصفة المشترطة لزم المبتاع ولم يكن له خيار الرؤية إلا أن يشترطه في العقد فيثبت له بالشرط، وإنما قلنا: لا خيار له؛ لأنه مبيع موصوف قبض على صفته فلم يكن له خيار الرؤية كالسلم، وإن جاء على خلافها، وإن كان أعلى فلا خيار له، لأنه إذا لم يثبت له الخيار مع الموافقة[8] فمع الزيادة أولى، ولأن الخيار إنما يثبت للنقص لا للزيادة ، وإن كان أدون فالمبتاع بالخيار في الإمضاء والفسخ لأن المبيع لم يسلم له على الوجه الذي دخل عليه كما لو وجد عيباً.

---

(1) في (ق): نهي عن الغرر.
(2) أخرجه مسلم في البيوع، باب: بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيهن الغرر: (1153/3).
(3) في (ق): لا ينفعها.
(4) في (ق): يؤدي.
(5) في (م): يكفي.
(6) في (م): والبيع
(7) في (م): منها.
(8) في (ق): مع الرؤية.

فصل[5. إذا تلفت السلعة المبيعة على الصفة]

وإذا تلفت السلعة المبيعة على الصفة بعد العقد وقبل القبض ففيها ثلاث روايات[1]: إحداها أن التلف من البائع إلا أن يشترطه على المشتري، والثانية أنه من المشتري إلا أن يشترط على البائع، والثالثة أن ضمان الحيوان المأكول وما ليس بمأمون على البائع والدور والعقار من المشتري.

فوجه الأولى: أن على البائع توفية المشتري ما اشتراه، فما لم يوفه لم[2] يستحق عليه العوض والتلف منه، لأن المشتري لم يقبضه ولم تثبت عليه يد.

ووجه الثانية: أن الأصل السلامة مع كونه متميزاً عن ملك البائع لا يتعلق به حق توفية، فكان ضمانه من المشتري وذلك إذا علم أن الصفقة صادفته حياً سليماً ثم تلفت[3] من بعد.

فأما وجه تفريقه بين المأمون وغير المأمون على ظاهر السلامة، فيجب أن يكون ضمانه من المشتري اعتباراً بالحاضر[4]؛ ولأن النقد لما جاز اشتراطه في المأمون ولم يجز في غيره دل على افتراق حكمهما.

فصل[6. النقد في بيع الشيء الغائب]

إن تبرع المشتري في بيع الغائب بنقد الثمن أو بعضه قبل مجيء المبيع جاز، فأما إن اشترط البائع عليه النقد فيجوز في المأمون لعدم[5] تغيره وأمنه[6] في الغائب كالعقار والدور ولا يجوز في الحيوان والمأكول ما لا يؤمن تغيره، والفرق أن المأمون يقل الغرر فيه وغير المأمون يكثر الغرر فيه، فاشتراط

---

(1) انظر: المدونة: (255/3)، والتفريع: (170/2)، وفيه: "ففيها روايتان: إحداهما أنها من البائع إلا أن يشترط ضمانها على المبتاع، والأخرى ألا أن يشترط أن ضمانها قبل القبض من بائعها" أهـ، والكافي (ص: 320)، وفيه حكاية القولين فقط، ولعل الأقوال الثلاثة من تفصيل المصنف.

(2) في (م): فلا.

(3) في (م): تلف.

(4) في (م): بالحاضرة.

(5) لعدم: سقطت من (م).

(6) أمنه: سقطت من (م).

النقد فيه غرر، ولأنه يدخله سلف وبيع لأن النقد يتردد بينهما لأن المبيع إن سلم كان نقداً وإن لم يسلم كان البائع قد انتفع بالثمن ثم رده إلى المشتري.

فصل[7. في بيع البرنامج]

يجوز عندنا بيع الأعدال على البرنامج(1) وهو أن يبيعها على الصفة التي يتضمنها برنامجه من ذكر الجنس والنوع والزرع والعدد والسعر، فإن وافق الصفقة لزم البيع، وإن خالف كان كما ذكرناه وليس للمبتاع إذا وافقت الصفة، وقال: هي مخالفة(2) أن يرد ، خلافاً للشافعي في قوله(3): لا يجوز(4)، ودليلنا الظاهر وهو قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾(5)، ولأن أكثر ما فيه أنه باع عيناً يتعذر رؤيتها بصفة تحصرها، وقد دللنا على جواز ذلك.

فصل[8.في بيع السلعة الغائبة على رؤية متقدمة]

يجوز بيع السلعة الغائبة على رؤية متقدمة إذا كان من وقت الرؤية إلى وقت العقد من المدة ما لا تتغير في مثله والاعتبار في ذلك بالعرف في مثل تلك السلعة مما يعلم أنها تتغير وتحول عن الصفة التي كانت(6) عليها في مثلها، فإن كان بين الوقتين بقدر ذلك لم يجز البيع إلا برؤية مستأنفة أو صفة.

---

(1) انظر: المدونة: (257/3)، الموطأ: (670/2)، التفريع: (171/2).
(2) في (م): وهي غالية.
(3) في قوله: سقطت من (م).
(4) انظر: الأم: (20/3)، مختصر المزني (ص: 75)، الإقناع (ص: 96-97).
(5) سورة البقرة، الآية: 275.
(6) في (ق): طالت.

نوع آخر: في السلم

وأما السلم[1] في الذمة فإنه جائز في كل ما تضبطه الصفة والأصل في جواز ذلك[2] قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾[3]، وقوله: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ﴾[4]، فدل ذلك على أن من التجارات ما لا يكون حاضراً، وقوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾[5]، قال ابن عباس: ذلك في السلم[6]، وروي: أنه نهى عن بيع ما ليس عندك وأرخص في السلم[7]، وروي: أنه ﷺ قدم المدينة وهو يسلفون في الثمر السنتين والثلاثة فقال: "من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم"[8]، وهذا نص في جوازه، ولا خلاف فيه[9].

---

(1) السلم: يعني السلف، وإنما سمى سلماً لأنه يسلم إليه دراهمه ويتركها عنده من قولهم: أسلمته مائة، أي تركتها (غرر المقالة ص: 216)، وفي الاصطلاح عرفه ابن عرفة بقوله: عقد معاوضة يوجب عمارة ذمة بغير عين ولا منفعة غير متماثل العوضين (حدود ابن عرفة ص: 291).

(2) في (م): جوازه.

(3) سورة البقرة، الآية: 275.

(4) سورة البقرة، الآية: 282.

(5) سورة البقرة، الآية: 282.

(6) انظر: تفسير الطبري: (116/3).

(7) الجزء الأول من الحديث أخرجه أبو داود في البيوع، باب: بيع الرجل ما ليس عنده: (769/3)، والنسائي في البيوع، باب: بيع ما ليس عند البائع: (354/7)، وابن ماجه في التجارات، باب: النهي عن بيع ما ليس عندك (737/2)،والترمذي في البيوع، باب: ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك (534/3)، وقال: حسن صحيح، أما الجزء الأخير قوله: وأرخص في السلم، فلم أعثر عليه.

(8) أخرجه البخاري في السلم، باب: السلم في كيل معلوم: (43/3)، ومسلم في المساقاة، باب: السلم: (1226/3).

(9) انظر:شرح المسلم: (41/7)، فتح الباري: (339/4)، نيل الأوطار: (226/5).

فصل[1. في شروط بيع السلم]

وله ثمانية شروط[1]:

أحدها: أن يكون في الذمة مطلقاً لا في عين[2] معينة.

والثاني: أن يكون موصوفاً بما يمكن حصره به من الصفات المقصودة التي تختلف الأغراض والأسواق باختلافها.

والثالث: أن يكون مقدراً بكيل معلوم أو وزن معلوم أو عدد أو ذرع أو غير ذلك من المقادير التي تعتبر في ذلك النوع.

والرابع: أن يكون رأس المال معلوماً مقدراً.

والخامس: أن يكون نقداً لا مؤجلاً.

والسادس: أن يكون المسَلم فيه مؤجلاً لا يجوز أن يكون حالاً، واختلف في حد الأجل، فعنه فيه روايتان: إحداهما أجل مطلق أي أجل كان، والآخر أجل يختلف في مثله الأسواق[3] وتتغير معه الأسعار.

والسابع: أن يكون الأجل[4] (محدودا بمدة معلومة.

والثامن: أن يكون المسلم فيه) [5] موجوداً عند المحل وليس من شرطه أن يكون موجوداً في حال العقد ولا متصل الوجود من وقت العقد إلى وقت الحل، والأولى أن يسمى موضع القبض، فإن أطلق ولم يعين جاز ولزم في الموضع الذي وقع العقد عليه في سوق تلك السلعة والموضع الذي جرى عرف أهل ذلك الموضع بقبض ما يسمى فيه بأن يقبضونه فيه.

---

(1) في شروط السلم انظر: المدونة: (3/117-140)، التفريع: (2/134-138)، الرسالة: (ص: 216)، الكافى: (ص: 337-340).

(2) في (م): غير.

(3) الأسواق: سقطت من (ق).

(4) في (م): السلم.

(5) ما بين قوسين: سقط من (م).

فصل[2.في عدم كون السلم عيناً]

وإنما قلنا: إنه لا يجوز أن يكون عينا[1]؛ لأن الأعيان لا تثبت في الذمم لأن من حق ما يثبت في الذمة[2] أن يكون مطلقاً غير معين، ولأن السلم في العين غرر لا يحتاج إليه لأنه إن أريد ضمانها في الذمة إلى الأجل المضروب حتى إذا تلفت لزمت[3] المسلم إليها بدلها أو قيمتها، فذلك غير جائز لأن المعين[4] ينفسخ العقد بتلفه ولا يلزم رد مثله، ولأنه إذا كانت العين مما لا يكال ولا يوزن لزم رد قيمتها لا مثلها، فإن إثبات العين في الذمة إن أريد به تبقيتها إلى وقت الأجل فذلك غير مقدور عليه لإمكان أن يتلف، وإن أريد به ضمان مثلها فقد أفسدناه.

فصل[3.حصر المسلم بأكثر مما يمكن من الصفات]

وإنما قلنا: يجب حصره بأكثر مما يمكن من الصفات، وقد دخل في ذلك الجنس والنوع لأنه مقدم على ما يتبعه[5] من الصفات؛ لأنه مضمنة به ليكون المسلم فيه معلوماً ويخرج عن حيز الجهل[6] ولا يكون كذلك إلا بالمشاهدة بالصفة، والمشاهدة لا تتصور إلا على معنى الصفة بأن يريد عيناً بصفة النوع الذي يسلم فيه، وإذا تعذرت المشاهدة ولم يبق إلا الصفة ومتى عري العقد منهما كان مجهولاً وغرراً، وليس يلزم أن يذكر جميع الصفات حتى لا يخرج منها لشيء لأن ذلك لا يمكن ولا يحتاج إليه، وإنما المحتاج إليه ما يتعلق به الغرض ويقف عليه المقصد ويزداد في الثمن لأجل ويرغب في إسلافه[7] لمكانه، فإذا حصل كفى[8] عن زيادة عليه وذلك يختلف في أنواع

---

(1) في (م): معيناً.
(2) في (م): الذمم.
(3) في (م): لزم.
(4) في (ق): العين.
(5) في (م): يبيعه.
(6) في (م): مجهول.
(7) في (م): إسلامه.
(8) في (ق): كما.

المبيعات بما يعرفه أهل كل نوع من وصفه عندهم مما يقصد من صفاته، فإذا ثبت هذا فحصر الباب: أن كل سلعة جاز أن تباع مشاهدة وتحصرها الصفة إذا غابت عن العين فإن السلم فيها[1] جائز من سائر العروض والحيوان والأطعمة وغيرها فيستغنى بذلك عن التكثير بأعيان المسائل وتفصيلها[2] إلا مواضع يختلف فيها.

فصل[4.السلم في الرقيق والحيوان]

يجوز السلم في الرقيق وسائر الحيوان[3] خلافا لأبي حنيفة[4]؛ لما روي أنه ﷺ أرخص في السلم[5]، وفي حديث ابن عمر أن رسول الله ﷺ أمره أن يجهز جيشاً فنفذت الإبل فأمره أن يأخذ على قلاص[6] الصدقة، فكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى أجل الصدقة[7]، ولأن الحيوان يثبت في الذمة إما سلماً وإما قرضاً لأنه ﷺ استقرض بكراً ورد رباعياً[8]، ولأنهم يوافقونا في تعلق[9] الحيوان بالذمة مهراً وخلعاً وكتابة وصلحاً، فنقول: لأن الحيوان يتعلق بالذمة مهراً، فجاز أن يتعلق بها سلما وقرضاً اعتباراً بالثياب، ولأنه عقد معاوضة فجاز أن يكون الحيوان فيه عوضاً[10] في الذمة أصله النكاح ولأن الحيوان يضبط بالصفة، وكذلك قال رسول الله-ﷺ-: "لا تصف المرأة المرأة

(1) في (م): نوعها.
(2) في (ق): ونقصانها.
(3) انظر: المدونة: (3/185-188)، التفريع: (2/134)، الرسالة: (ص: 216) ، الكافي: (ص: 338).
(4) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 86)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (3/42).
(5) سبق تخريج الحديث.
(6) **قلاص:** جمع قلوص وهي الشابة من الإبل (انظر الصحاح: 3/1054).
(7) أخرجه أبو داود في البيوع، باب: في الرخصة في الحيوان بالحيوان نيئة (3/652) والدار قطني: (3/69)، والبيهقي: (5/387)، وفي إسناده ابن إسحق، وقد اختلف عليه فيه (انظر تلخيص الحبير: 3/8) .
(8) أخرجه مسلم في المساقاة، باب: من استسلف شيئاً فقضى خيراً منه: (3/1224).
(9) في (ق): يوافقنا في تعليق.
(10) في (م):معاوضة.

لزوجها حتى كأنه يراها"[1]، وكذلك دية العمد والخطأ بالصفة، والعبيد يضبطون بالصفة في الجنس واللون والسن والهيئة.

فصل[5. السلم في الدنانير والدَّراهم]

السلم في الدنانير والدراهم جائز[2] خلافا لأبي حنيفة[3]؛ لقوله ﷺ: "...فليسلم في كيل معلوم أو وزن معلوم"[4] فعم، ولأن كل ما جاز أن يكون في الذمة ثمناً جاز أن يكون مثموناً[5] أصله الثياب، ولأنه يمكن ضبطها بالصفة فيذكر جنس فضتها وسكتها وخفتها وثقلها ووزنها[6]، وكونها صحاحاً وجياداً فجاز السلم فيها.

فصل[6. جواز السلم في اللحم]

يجوز السلم في اللحم بصفة معلومة[7] خلافا لأبي حنيفة[8]، لأنه يضبط بالصفة فيقال: لحم ضأن معلوف من كبش أو من خروف أو لحم معز، وإن اختلفت الأغراض في مواضعه من الشاة من صدر أو فخذ أو جنب ذكر.

فصل[7. جواز السلم في الرؤوس والأكارع]

يجوز السلم في الرؤوس والأكارع[9] خلافا لأبي حنيفة، ولأحد وجهي الشافعي[10]؛ لأنه يصح ضبطها بالصفة من السمانة والجنس وفروع هذا الباب كثيرة وجملها قد ذكرناها.

---

(1) أخرجه الإمام أحمد: (1/380-460)، وقال الهيثمي: وأحد إسنادي أحمد رجاله رجال الصحيح (مجمع الزوائد: 8/105).
(2) انظر: المدونة: (3/128)، الكافي: (ص: 338).
(3) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 86-87)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (2/42-44).
(4) سبق تخريج الحديث.
(5) في (م): مثمناً.
(6) ووزنها: سقطت من (ق).
(7) انظر: المدونة: (3/125)، الرسالة: (ص: 216)، الكافي: (ص: 338).
(8) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 86)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (2/42).
(9) انظر: المدونة: (3/125)، الرسالة: (ص: 216)، الكافي: (ص: 338).
(10) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 86)، مختصر المزني (ص: 92).

فصل[8.في كون المسلم فيه مقدَراً بكيل معلوم أو وزن أو غيره]

وإنما قلنا: يجب أن يكون مقدَراً بكيل معلوم أو وزن أو عدد أو غيره من المقادير على حسب المسلم فيه وما يعرف به مقداره عند أهله لينتفى عنه الغرر بالجهل ويحصل العلم لكل واحد للبائع بما اشتغلت به ذمته وللمسلم بما يطالب به وما عاوض عليه، وراعينا عادة أهل كل بلد في معرفة مقادير السلم عندهم لأنهم إن حملوا على خلافه دخلت الجهالة لأن قصدهم من معرفة المبلغ الوجه الذي ألفوه بينهم.

فصل[9.وجوب كون رأس المال معلوماً]

وإنما قلنا: يجب أن يكون رأس المال معلوماً بمثل ماله وجب ذلك له في الطرف الآخر، لأنه أحد الطرفين في السلم اعتباراً بسائر البياعات.

فصل[10.اشتراط كون رأس المال نقداً]

وإنما شرطنا أن يكون رأس المال نقداً لأنه متى كان مؤجلاً دخله الدين بالدين، وإنما قلنا: إن قبضه في مجلس العقد ليس بشرط وأنه يجوز تأخيره اليوم واليومين بغير شرط التأجيل لأن ذلك لا يخرجه إلى الدين بالدين، إذ لا بد من استثناء مدة يمكن فيها وزن[1] المال ونقده، وجري العادة بتراخي الوزن والإقباض عن وقت الإيجاب والقبول، ولأن من ابتاع ثوباً بنقد فتأخر قبض الثمن يوماً أو يومين لم يخرجه ذلك عن النقد ولم يدخل في حيز[2] الأجل.

فصل[11.اشتراط الأجل في السلم]

وإنما قلنا: إن الأجل شرط في السلم وأنه لا يجوز أن يكون حالاً خلافاً للشافعي[3]؛ لقوله ﷺ: "فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم وأجل

---

(1) في (م): زوال.
(2) في (م): خبر.
(3) انظر: الأم: (97/3)، مختصر المزني (ص: 90)، الإقناع (ص: 95).

معلوم"[1]، ولأن السلم إنما جوِّز ارتفاقا للمتعاقدين، لأن المسلم[2] يقدم الارتخاص والمسلم إليه يرغب في إرخاص الثمن للرفق الذي له في استعجال الانتفاع به، وفي الصبر والتأخير، فوجب أن ما أخرج ذلك عن بابه ممنوع لأنه إذا كان حالاً زال هذا الرفق.

فصل[12. في اعتبار الأجل القريب والبعيد في السلم]

ووجه القول: إنه يجوز إلى الأجل القريب والبعيد قوله ﷺ: "إلى أجل معلوم"[3] فعم، واعتباراً بالأجل البعيد، ولأنه معنى يشترط في السلم، فجاز قليله وكثيره أصله مقدار المسلم فيه، ووجه قوله: إنه لا يجوز إلا إلى أجل تختلف في مثله الأسواق أن المقصود من السلم الارتفاق من انتفاع البائع بتقديم المال والمسلم[4] بما يرتخصه ليحصل له من تغير الأسواق واختلافها ما يريده، وإذا أضربا أجلاً لا يوجد فيه هذا المعنى لم يحصل الرفق المقصود فكان في معنى الحال.

فصل[13. في كون الأجل معلوما]

وإنما قلنا: إن الأجل يكون معلوماً، قوله تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾[5]، قال ابن عباس: هو السلم وقوله ﷺ: "إلى أجل معلوم"[6]، ولأن الجهل بمدة السلم غرر كالآجال في الديون.

(1) سبق تخريج الحديث.
(2) في (م): السلم.
(3) سبق تخريج الحديث.
(4) في (م): السلم.
(5) سورة البقرة، الآية: 282.
(6) سبق تخريج الحديث.

فصل[14.السلم إلى الحصاد والجداد وقدوم الحاج]

ويجوز السلم إلى الحصاد والجداد وقدوم الحاج[1] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[2]، لأنه وقت يعرف في العادة لا يتفاوت اختلافه كقولك إلى شهر كذا وكذا إلى النيروز أو المهرجان[3].

فصل[15.وجود المسلم فيه عند الأجل]

وإنما قلنا: إن شرطه أن يوجد المسلم فيه عند الأجل[4]؛ لأن الغرض بالسلم حصول المسلم فيه بإزاء العوض[5] المبذول[6] في مقابله، فإذا لم يوجد عند المحل كان غرراً وعائدا بالجهل لأنه إما أن يفسخ العقد فيرجع المسلم بالثمن على غرر أو يصبر[7] إلى وقت وجوده وذلك انتقال من أجل إلى أجل ويصير كمن عقد على عين الغير والبائع لا يقدر[8] على تسليمها، وكل ذلك غير جائز.

فصل[16.عدم اشتراط وجود المسلم فيه حال العقد]

وإنما لم يجعل وجوده عند العقد شرطاً في صحة العقد خلافا لأبي حنيفة[9]؛ قلوله ﷺ: "في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم"[10] فعم، ولأنه وقت لا يجب التسليم فيه فلم يضر فقده فيه أساساً بين العقد والأجل[11].

---

(1) انظر: الكافي: (ص: 338).
(2) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 86)، الأم: (99/3)
(3) **النيروز:** معرب وهو أول السنة لكنه عند الفرس عند نزول الشمس أول الحمل وعند القبط أو توت (المصباح المنير ص: 599)، والمهرجان عيد للفرس وهي كلمتان: مهر، جان، ومعناها: محبة الروح، وفي بعض التواريخ كان المهرجان يوافق أو الشتاء (المصباح المنير ص: 583).
(4) في (م): المحل.
(5) في (م): العرض.
(6) في (ق): الجهل.
(7) في (ق): يسفر.
(8) لا يقدر: سقطت من (ق).
(9) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 86)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (43/2-44).
(10) سبق تخريج الحديث.
(11) في (م): أصله بعد الأجل.

فصل[17. ذكر الموضع الذي يسلم فيه]

وإنما قلنا: إن الأولى أن يذكر الموضع الذي يسلم فيه ليزول التخاصم بين المتبايعين ويكونا قد دخلا على معرفة بذلك، وقلنا: إن تركا ذكره لم يضر لأن الأمر يحمل على العرف في مثل ذلك فيصير العرف كالمشترط.

فصل[18. جواز المسامحة في بعض شروط السلم من أحد العاقدين للآخر]

إذا عقد السلم على الشروط التي ذكرناها صح وجازت المسامحة بعد ذلك من أحدهما للآخر ما لم يعد ينقض أصله أو بذريعة إلى فعل محظور من بيع وسلف أو وضع وتعجيل أو معارضة على إسقاط ضمان (أو بيع طعام قبل قبضه)[1] أو بيع طعام بطعام متأخر أو ما أشبه ذلك من الوجوه الممنوعة، فمتى أدت[2] المسامحة إلى شيء من ذلك لم يجز وإن سلمت منها فهي جائزة ونحن نبين من ذلك ما ينكشف به ما ذكرناه فيه.

فصل[19. إذا أسلم في شيء موصوف ثم إذا حل الأجل أراد أخذ صنف آخر]

وإذا أسلم في حنطة موصوفة[3] إلى الأجل، فلما حل أراد أن يأخذ بمكيلتها صنفاً أعلى منها أو أدون أو شعيراً أو سلتاً فلا بأس بذلك، فإن كان ذلك قبل المحل فلا يجوز، والفرق بين الموضعين أن الأجل إذا لم يحل فأخذ الدون وضعٌ وتعجيل[4]، لأن التقديم غير مستحق له، فإنما رضي بدون شرطه لتعجله وأخذ الزيادة في مقابلة إسقاط الثمن عن البائع لأنه يخاف إن بقي في ذمته إلى وقت أجله[5] ارتفاع أسواقه وغلاء ثمنه وتلزمه كلفة إلى ذلك الوقت في حفظه وتعهده ويعلم أنه لا يلزم المسلم قبوله قبل الأجل، فتكون الزيادة في مقابلة جميع هذا، وإذا حلَّ الأجل أمن من ذلك

---

(1) ما بين قوسين: سقط من (ق).
(2) في (م): آلت.
(3) في (ق): معرفة.
(4) في (ق): تعجل.
(5) في (م): الأجل.

كله لأنه إن كان[1] أخذ الدون فذلك مسامحة من المسلم بمتعجل شيئاً لا يستحقه لأن الأجل قد حلّ وإن أخذ الأعلى فذلك مسامحة من المسلم إليه، لأنه لا يستحق عليه ببقية السلم[2] في ذمته زيادة على الأجل فيحمل ذلك عليه، فبان الفرق بينهما، وإن كان ذلك في غير الجنس أو النوع امتنع في الطعام وجاز في غيره لأنه إذا أسلم إليه في كر[3] حنطة، فلما حلّ الأجل أعطاه مكانه عدساً أو أرزاً أو حمصاً أو غير ذلك من أنواع الطعام أو العروض أو الحيوان لم يجز شيء من ذلك لأنه بيع الطعام قبل قبضه وقصد المتاجرة والمغابنة وخروج عن المعروف والمسامحة.

وأما في غير الطعام يجوز كأنه أسلم إليه في عشرة أثواب قصب بصفة معلومة وغزل معروف، فلما حلّ الأجل رجُع إليه عنها شيئاً من غير جنسها مثل الطعام أو الحيوان، فإنه يجوز لأنه بيع الثياب المسلم فيها قبل قبضها وذلك جائز بخلاف الطعام، وهذا إذا قبض الشيء الذي ينتقل إليه فإن لم يقبضه وكان في ذمة المسلم إليه لم يجز لأنه يصير ديناً بدين، فأما إن دفع إليه[4] قبل حلول الأجل مثل طعامه في الكيل والصفة فله أن يقبله وله أن لا يقبله[5] خلافاً للشافعي في قوله: إنه يلزمه أن يقبل العروض[6] وكل ما سِوى الحيوان، لأن الأجل في السلم حق لهما، فلما كان المسلم لو طالب به قبل حلول أجله لم يلزم المسلم إليه دفعه لأنه في ذلك إسقاط حقه من تبقيته في ذمة المسلم إليه وضمانه وأن يسقط عنه حفظه ومراعاته، فإذا ثبت

---

(1) إن كان: سقطت من (م).
(2) في (ق): المسلم.
(3) الكر: كيل معروف وهو ستون قفيزاً أو اثنا عشر وسقاً (المصباح المنير ص: 530).
(4) إليه: سقطت من (ق).
(5) في جملة هذه الأحكام انظر: المدونة: (135/3)، التفريع: (136/2)، الرسالة: (ص: 216-217)، الكافي: (ص: 339).
(6) انظر: الأم: (132/3-133)، مختصر المزني (ص: 92)، الإقناع (ص: 97-98).

ذلك وتراضيا على أخذه قبل بالأجل جاز؛ لأنه مسامحة من أحدهما للآخر.

فأما الذهب والفضة فيلزم من تدفع إليه قبل محلها أخذها بخلاف غيرها من الطعام والعروض لأنه لا يرجى فيها من تغير الأسواق واختلاف الأسعار ما يرجى في سائر المثمنات ولا تحتاج إلى حفظ ولا مراعاة ولا تلزم عليها مؤونة ولا يخاف عليه فساد، فكان الأجل فيها حقاً ينفرد به من هي عليه والله أعلم، وهذا الذي ذكرناه في الذهب والفضة يستوي فيه البيع والقرض، فأما ما عداه فالأجل في المعاوضة[1] حق لهما لا يلزم أحدهما قبول ما يتعجل منه إلا برضاه، وفي القرض حق المستقرض وحده، فإن عجله لزم المالك قبوله.

فصل[20. إذا حل الأجل أخذ البعض أقل من الباقي]

وإذا أسلم[2] في طعام أو عرض إلى أجل ودفع الثمن فلما حل الأجل أخذ البعض وأقال من الباقي فلا يجوز ذلك لأنه ذريعة إلى البيع والسلف، وذلك أن التهمة تقوى في أنهما تواطئا على البيع والسلف وسمياه بيعاً ليتطرق بذلك إلى جوازه، كأنه قال له بعني عشرة أكرار بمائة دينار، فقال: لا أفعل إلا أن تسلفني مائة دينار (فقال إن البيع والسلف لا يجوز ولكن يجعل السلم في عشرين كراً بمائتي دينار)[3]، فإذا حل الأجل أقلتك من عشرة أكرار وأخذت عشرة فينتفع البائع بثمن العشرة ثم يرد بدله فيصرن بيعاً وسلفاً، ولا يجوز إلا أن يكون الإقالة في الشيء اليسير الذي لا يخاف منه ذلك ولا تقوى التهمة لأجله مثل: أن يسلفه في عشرين كراً فيقيله من

(1) في المعاوضة: سقطت من (ق).
(2) في (م): إذا أسلف.
(3) ما بين قوسين: سقطت من (م).

كر ونصف كر أو الأمر الخفيف، فهذا لا يقوي التهمة إلا أن يكونا قصدا بيع عشرين كراً بمائتي دينار لينتفع بدينار أو بخمسة، وكذلك لو أقاله من النصف وكان رأس المال معيباً فرده بعينه، فيعلم أنه لم ينتفع به بأن ذلك جائز غير ممنوع لأن الإقالة تصرف إلى الرفق وإعواز الإتمام أو غيره من الأعذار[1].

فصل[21.شرط أخذ طعام بدل طعام في السلم عن الأجل]

فإذا باع شيئاً من الطعام كله – أي طعام كان مما فيه الربا أو مما لا ربا فيه- بثمن إلى أجل فلا يجوز أن يأخذ بثمنه عند أجله ولا قبل أجله ولا بعده طعاماً لا من جنسه ولا من غير جنسه إلا أن يكون من جنس ما باعه[2] بعينه بمثل مكيلته وعلى صفته فيجوز[3].

وإنما قلنا ذلك لأنه يكون ذريعة إلى بيع الطعام بالطعام متأخراً وتسمية الثمن لغواً، وإذا كان من نوع طعامه في الكيل والجودة والصفة جاز؛ لأن الأمر لا يحمل[4] على طعام بطعام متأخراً[5] قصداً للنَسَاء إذ لا فائدة فيتهمان أنهما قصداها، وإنما ينزل على القرض أو الإقالة.

فصل[22.السلم في طعام قرية بعينها أو حائط بعينه]

السلم في الطعام من قرية بعينها أو ثمرة حائط[6] بعينه على ضربين[7]: إن كان مما يخلف ولا يؤمن تلفه فلا يجوز لأن ذلك غرر، وكالسلم في العين وذلك غير جائز، فإن كان مما لا يخلف في العادة ولا بد أن يسلم أو أكثره،

---

(1) انظر: المدونة: (135/3- 136)، التفريع: (135/2-136)، الكافي: (ص: 338- 339).
(2) في (م): إلا أن يكون من غير حسن.
(3) انظر: المدونة: (135/3- 136)، التفريع: (135/2- 136)، الرسالة: (ص: 206-217)، الكافي: (ص: 339- 340).
(4) في (ق): لا يحصل.
(5) متأخراً: سقطت من (ق).
(6) في (م): قداح.
(7) انظر: المدونة: (119/3- 121)، التفريع: (138/2)، الكافي: (ص: 338).

وإن جاز تلف بعضه فلا بأس مثل أن يسلم في عشرة أكرار تمر برني من أعمال البصرة فيجوز؛ لأن التعيين ليس يفيد أكثر من التعريف ووصف النوع[1] المسلم فيه، كما لو قال: أسلفتك في عشرة أكرار حنطة بصفة كذا من حنطة الشام أو المشرق لجاز للعادة الجارية لأن[2] الإقليم الذي أضافه إليه لا يختلف.

فصل[23. التفاضل في المبيعات]

والتفاضل في المبيعات كلها[3] على ضربين: منها ما يحرم نقداً أو نساء وهو الفوت وما في معناه والأثمان فقط، ومنه ما يحرم نساء ولا يحرم نقداً[4]، علة ذلك عندنا الجنس بمجرده فلا يجوز في شيء من الأشياء اثنان بواحد من نوعه إلى أجل على وجه والجنسية المعتبرة في ذلك[5]: اتفاق الأغراض والمنافع واختلافهما[6]، فمتى اتفقت لم يجز بيع اثنين بواحد من النوع الذي اتفقت فيه إلى أجل على وجه وما اختلفت جاز، وإن كان جنس الخلقة والنسبة يجمعهما كالغنم التي جنسها واحد وبعضها يراد للَّحم وبعضها يراد للبن، فإن كان الغرض فيهما واحداً لم يجز التفاضل مع النساء، وكذلك العبيد يجوز العبد الرومي الذي يراد للحرث والزراعة بالعبدين من جنسه يرادان لغير ما يراد له من المنافع ومثله البازل[7] من الإبل الذي يراد[8] للحمولة والراحلة باثنتين من القلاص المرادة للَّحم، وكذلك سائر الحيوان والعروض.

---

(1) في (م): العين.
(2) في (ق): فإن.
(3) كلها: سقطت من (ق).
(4) انظر: المدونة: (3/171- 181)، التفريع: (2/125-129)، الرسالة: (ص: 211-215)، الكافي: (ص: 310-311).
(5) في ذلك: سقطت من (ق).
(6) واختلافهما: سقطت من (م).
(7) البازل: هو البعير فطر نابه بدخوله في السنة التاسعة ويستوي فيه الذكر والأنثى (المصباح المنير ص: 48).
(8) يراد: سقطت من (م).

وقال أبو حنيفة: الجنس بمجرده علة منع بيع بعضه ببعض نساء[1]. وقال الشافعي: كل مالا ربا في نقده جائز بيع بعضه ببعض نساء جنساً كان أو جنسين[2].

فالخلاف مع أبي حنيفة في جواز بيع الواحد من جنسه ونوعه إلى أجل، فدليلنا على جوازه قوله عز وجل: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ﴾[3]، وحديث عبد الله ابن عمر أنه: "ﷺ أمره أن يأخذ البعير بالبعيرين إلى أجل الصدقة[4]"، وروي ذلك عن علي[5]، وابن عمر[6]، ولا مخالف لهما، ولأن كل عينين لا يحرم التفاضل في نقد[7] أحدهما وهما على ضروب[8] من اختلاف الصفات تختلف معها منافعها وتتباين[9] الأغراض فيهما، فإن أسلم أحدهما في الأخرى جاز أصله الجنسان لأن الثور الذي يصلح للحرث والدارس يراد لقوته وعمله وذلك غير الغرض الذي يراد له الثور المعلوف الذي لا يراد إلا للسمانة واللحم وذلك بيِّن فيما قلناه.

فصل[24.منع الذرائع المؤدية إلى الربا]

ودليلنا على الشافعي قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾[10] والربا الزيادة، ونهيه ﷺ عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة[11]، وهذه المسألة[12]

---

(1) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 75-76)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (37/2 - 38).
(2) انظر: الأم: (14/3-17)، مختصر المزني (ص: 76-77)، الإقناع (ص: 94-95).
(3) سورة البقرة، الآية: 275.
(4) سبق تخريج الحديث.
(5) أخرجه مالك في الموطأ: (652/2).
(6) أخرجه مالك في الموطأ: (652/2).
(7) نقد: سقطت من (م).
(8) في (م): ضرب.
(9) في (م): سائر.
(10) سورة البقرة، الآية: 275.
(11) أخرجه أبو داود في البيوع، باب: في الحيوان نسيئة: (652/3)، والنسائي في البيوع، باب: الحيوان بالحيوان نسيئة: (292/7)، وابن ماجه في التجارات، باب: الحيوان نسيئة: (763/2)، والترمذي في البيوع، باب: كراهية بيع الحيوان بالحيوان نسيئة، وقال: حسن صحيح: (538/3).
(12) في (ق): المسلمة.

من الذرائع وهي ممنوعة ومعناها أن يمنع الشيء الجائز إذا قويت التهمة في التطرق به والتذرع إلى الأمر المحظور، وقد وافقونا في ذلك على مسائل منها قرض الجواري وغيرها، ووجه الذريعة في هذا الموضع[1] أنه يكون قرضاً يجر نفعاً كأن أحد الرجلين يقول للآخر: أقرضني فرساً أو ثوباً من صفته كذا وأرد عليك ثوبين مثله إلى شهر فيقول: إن هذا قرض يجر نفعاً وذلك ممنوع ولكن أبيعك ثوباً[2] بثوبين فيحصل من ذلك استعمال القرض في الباطن بلفظ البيع فمتى أجزناه حصل منه ذريعة إلى الممنوع لقوة التهمة فيه.

---

(1) في (ق): الممنوع.
(2) في (ق): ثوبان.

باب: في القرض

القرض[1] جائز: [2] لأنه فيه خير وبر، ولأنه ﷺ اقترض وندب[3] إلى القرض وقال: "كل معروف صدقة"[4].

فصل[1. فيما يجوز قرضه]

ويجوز إقراض الذهب والورق والعروض والحيوان كله سوى الإماء، وإنما قلنا ذلك؛ لأن القرض لا يؤدي إلى محظور في هذه الأشياء، فجاز فعله وأجزناه في سائر الحيوان خلافا لأبي حنيفة[5] لأنه[6] ﷺ استقرض بكراً فقضى رباعياً[7]، ومنعناه في الإماء خلافاً لداود[8] وغيره، لأنه ذريعة استباحة فرج بغير نكاح ولا ملك فكان في معنى العارية لأن المقترض يطأ الأمة ثم يردها فيلزم المالك قبولها ويصير مبيحاً لوطئها، ولأنها منفعة لا تستباح بالعارية فلم تستبح بالقرض كوطء الزوجات.

---

(1) **القرض لغة**: السلف، **واصطلاحاً**: دفع متمول في عوض غير مخالف له لا عاجلاً (انظر غرر المقالة: ص: 212)، حدود ابن عرفة (ص: 297).

(2) انظر المدونة: (130/3)، التفريع: (138/2-140)، الرسالة (ص: 212-213)، الكافي (ص: 358-359).

(3) فعن **أبي رافع**: "أنه ﷺ استلف من رجل بكراً..." أخرجه مسلم في المساقاة، باب: من استسلف شيئاً فقضى خيراً منه (1244/3).

(4) أخرجه الحاكم: (50/2)، وقال: حديث صحيح الإسناد.

(5) انظر: مختصر الطحاوى (ص: 84).

(6) في (ق): لقوله.

(7) سبق ذكر الحديث وتخريجه قريبا.

(8) انظر: المحلى: (642/8-471)

فصل[2. فيمن اقترض أمة]

وإذا ثبت ذلك فإن اقترض أمة ردها ما لم يطأها اعتباراً بسائر ما يقترض لأن قبول رده حق للمستقرض فيلزم المقرض قبوله، فإن وطئها لم يجز له ردها لأنه متى ردها حصل منه إباحة فرج بغير نكاح ولا ملك ولزمته قيمتها لربها لأنها وطء بشبهة أسقطت عنه الحد فوجب تقويمها عليه لتتكامل الشبهة في ردء الحد عنه[1] اعتباراً بوطء بينه وبين غيره.

فصل[3. القرض يجز نفعاً]

القرض الجار للنفع حرام[2] لنهيه ﷺ عنه[3]، فإن تطوع المقترض من غير شرط ولا عادة بزيادة في صفة أو عدد جاز لأنه ﷺ اقترض بكراً فقضى رباعياً وقال: "خياركم أحسنكم قضاء"[4]، وروي أن ابن عمر اقترض من رجل دراهم فرد عليه خيراً منها فامتنع من أخذها وقال: هذه خير من دراهمي، قال ابن عمر: فإن نفسي طيبة بها[5].

فصل[4. السفاتج بالدنانير والدراهم]

وأما السفاتج[6] فمنعها مالك وأجازه غيره[7] فينظر: فإن كان ذلك لنفع الآخذ فلا بأس مثل أن يقرض رجل رجلاً دنانير ببغداد والمقترض بلده البصرة فيقول المعطى: أنا أقرضك هذه الدراهم هاهنا ببغداد وتدفعها إلى وكيلي بالبصرة أو أجيء أنا بالصرة فآخذها منك حتى لا تحتاج إلى تكلف السفر بها، فهذا جائز؛ لأنه جميل ولا نفع للمعطي، فإن كان النفع فيه

---

(1) في (ق): عنها.

(2) انظر المدونة: (130/3)، التفريع: (138/2)، الرسالة (ص: 213)، الكافي (ص: 358-359).

(3) أخرجه الحارث بن أبي أسامة وفي إسناده سوار بن مصعب وهو متروك، وأخرجه البيهقي مرفوعاً (انظر تلخيص الحبير: (43/3))، ونصب الراية: (60/4).

(4) سبق تخريج الحديث قريبا.

(5) في قصة غريبة له انظر عبد الرزاق: (147/8).

(6) **السفاتج جمع السفتجة ـ بفتح السين وضمها ـ وهي**: كتاب صاحب المال لوكيله أن يدفع مالاً قرضاً يأمن به من خطر الطريق (المصباح المنير ص: 278).

(7) انظر المدونة: (130/3)، التفريع: (136/2)، الكافي (ص:)359.

للمعطي مثل أن تكون عليه دراهم بالبصرة ويريد أن ينقدها إلى هناك دراهم فيخاف غرر الطريق فيقرضها لمن يدفعها[1] إلى غريمه بالبصرة فيربح هو نفقة الطريق والغرر، فلا يجوز لأنه قرض يجر نفعاً ومن أجازها علَّله بأنه ليس لها حمل ولا مؤنة.

فصل[5. في موضع قضاء القرض]

إذا لم يشترط بالقضاء موضعاً لزم المقترض القضاء في الموضع الذي أقرض فيه؛ لأن غيره من المواضع تكليف للمقترض ومؤونة وخسران والتزام وغرر، وكذلك للمقترض[2] إن كان القرض نفعاً للمقترض، وذلك غير جائز فإن لقيه في موضع آخر فأخذه به لم يلزمه ذلك ولكن يخرج معه إلى الموضع الذي اقترض منه فيه أو يوكل من يقضيه في ذلك الموضع، فإن اتفقا على القضاء في بلد آخر، فإن كان بعد محل الأجل جاز لأن ذلك رفق من الباذل والقابل، وإن كان قبله لم يجز؛ لأنه في مقابلة التعجيل[3].

فصل[6. في مطالبته بالقرض قبل الأجل]

وإذا أقرضه إلى أجل لم يكن له مطالبته قبل[4] الأجل[5] خلافاً للشافعي[6]؛ لقوله ﷺ: "كل معروف صدقة"[7]، وقوله ﷺ: "الراجع في هبته كالراجع في قيئه"[8]، ولأن الأجل قد صار حقاً للمقترض فأشبه الأجل في السلم.

---

(1) في (ق): من يدفعها.
(2) في (م): المقترض.
(3) انظر المدونة: (130/3)، التفريع: (139/2)، الرسالة (ص: 213)، الكافي (ص: 359).
(4) في (م): قبله.
(5) انظر: التفريع: (136/2-140)، الرسالة (ص: 213-214)، الكافي (ص: 358).
(6) انظر: مختصر المزني: (ص: 90-91)، المهذب: (303/1).
(7) سبق تخريج الحديث.
(8) أخرجه البخاري في الهبة، باب: هبة الرجل لامرأته والمرأة لزوجها: (134/3)، ومسلم في الهبات، باب: تحريم الرجوع في الصدقة والهبة (1241/3).

باب: في بيع السلم قبل قبضه

وإذا أسلم في عرض ثمناً معلوماً ثم أراد بيعه من المسلم إليه قبل قبضه، فإن باعه بمثل ثمنه أو أقل منه جاز وإن كان بأكثر لم يجز[1].

وإنما قلنا ذلك لأنه لا تهمة في أن بيعه بمثل الثمن أو أقل منه لأنه يزن[2] درهماً ويأخذه بعد مدة لأن ذلك الدرهم لا زيادة عليه أو دونه وكأنه أقاله أو ندم فباعه بنقصان، وإذا باعه بالزيادة اتهم أن يكون أقرضه دراهم بأكثر منها إلى أجل وتسمية القرض الذي سمياه لغواً لم يتحصل وذلك ذريعة إلى الربا[3].

فصل [1. جواز بيع السلعة من غير بائعها بمثل أو أقل أو أكثر]

ويجوز أن يبيعها من غير بائعه بمثل ثمنه أو أقل أو أكثر يداً بيد؛ لأن غير البائع لا تهمة بينه وبينه، ولا يجوز أن يؤخر الثمن عليه لئلا يكون ديناً بدين.

فصل [2. فيمن باع سلعة بثمن إلى أجل ثم أراد شراءها من الذي باعها إياه]

إذا باع سلعة بثمن إلى أجل ثم أراد أن يشتريها من الذي باعها إياه فلا يخلو أن يشتريها نقداً أو إلى أجلها أو إلى أجل[4] أبعد من أجلها، ثم لا يخلو أن يشتريها بمثل ثمنها أو بأقل أو بأكثر، فهذه سبعة أقسام: يمنع منها قسمان فقط ويجوز باقيها والذي يحفظ منه أن يؤول أمره إلى أن يزن درهماً

---

(1) انظر المدونة: (3/135-136)، التفريع: (2/136)، الرسالة (ص: 212- 340).
(2) في (ق): عون.
(3) في (م): الزيادة.
(4) أجل: سقطت من (م).

ويأخذ بعد مدة أكثر منه، فهذا القدر هو الممنوع وهو أن يبيعها بمائة إلى شهر فيبتاعها نقداً إلى دون الشهر بثمانين[1] أو إلى شهرين بمائة وعشرين، ففي هذين الموضعين يمنع؛ لأنه إذا ابتاعها نقداً بثمانين حصل منه أنه وزن ثمانين وأخذ بعد مدة مائة وتسمية الثمن والبيع لغواً، وكذاك إذا ابتاعها إلى شهرين بمائة وعشرين حصل منه أن يأخذ من المشتري بمائة ويعطيه بعد مدة مائة وعشرين وذلك ذريعة إلى الربا فيجب منعه[2]، خلافاً للشافعي في قوله إنه جائز[3]، وذلك لو جاز لأبيح التذرع إلى الربا والعينة، وهي أن يقول الرجل للرجل: ابتع لي هذه السلعة بعشرة دنانير وأنا أربحك ديناراً، فيفعل ذلك فيحصل منه قرض عشرة بأحد عشر من غير حاجة البائع إلى السلعة، وإنما تذرع بها إلى قرض الذهب بأكثر منها، وإذا وجدنا فعلاً من الأفعال يقع على وجه واحد لا يختلف إلا بالنية من فاعله وظاهره واحد ولم يكن لنا طريق إلى تمييز مقاصد الناس ولا إلى تفصل أغراضهم وجب حسم الباب وقطع التطرق إليه، فهذا وجه بنائها على الذريعة، ولأن الصحابة سلكوا هذه الطريقة في منع البيع في هذه المسألة: لأن ابن عباس سئل عن رجل باع سلعة بمائة ثم اشتراها بخمسين، فقال: الدراهم بالدراهم متفاضلة والسلعة دخلت بينها[4]، وهذا نص قولنا، ونكتة المسألة حديث زيد بن أرقم[5]: أن أم ولده باعته جارية بثمانمائة درهم إلى العطاء ثم اشترتها بعد ذلك بست مائة فقالت لها عائشة –رضي الله عنها- بئس ما اشتريت[6] وبئس ما اشتريت وبئس ما اشتريت أبلغي زيد بن أرقم أنه أبطل جهاده مع

---

(1) في (ق): بمائتين.
(2) انظر: المدونة: (3/135-193)، التفريع: (2/163)، الرسالة: (ص: 217)، الكافي: (ص: 324).
(3) انظر: الأم: (3/78-80)، مختصر المزني (ص: 85).
(4) المحلى: (9/106)، عبد الرزاق: (8/187).
(5) **زيد بن أرقم**: بن زيد بن قيس الأنصاري الخزرجي، صحابي مشهور، أول مشاهده الخندق، وأنزل الله تصديقه في سورة المنافقين، مات سنة ثمان وستين (تقريب التهذيب، ص: 222).
(6) في (ق): ما شريت.

رسول الله ﷺ إن لم يتب فقالت: فما أصنع؟ قالت عائشة -رضي الله عنها- قال الله تعالى: ﴿ فَمَن جَآءَهُۥ مَوۡعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ ﴾[1]، واشتهرت هذه القصة والإنكار من الصحابة[2] ولم يختلف عليها[3] أحد فيه، وإذا ثبت منع ذلك فقد ذكرنا أن هذه[4] الأقسام سوى هذين القسمين لا تمنع فيها، أما شراؤه إياها بمثل الثمن ولا تهمة فيه سواء كان نقداً أو إلى أجل أو إلى ما بعده لأنه وزن درهماً وأخذ مثله أو أخذ درهماً ورد مثله، وكذلك شراؤها إلى الأجل بمثل الثمن أو بأقل أو بأكثر لأنه لا تهمة فيه (ولأنه لم يزن درهماً ويلقى بعد مرة أكثر منه فيتهم والنقد لا تهمة فيه)[5]، وإنما التهمة في التأخير أن يكون ينتفع بالقليل الذي لم يأخذه طول المدة ثم يزن بعد المدة أكثر منه، فأما في الحال فلا تهمة فيه، وشراؤها نقداً بأكثر من الثمن أو إلى أجل بعد الأجل بأقل منه لا تهمة فيه، لأنه يزن درهماً ويأخذ بعد مدة أقل منه أو يأخذ درهماً ويرد بعد مدة أقل منه والله أعلم[6].

فصل[3. في العينة]

والعينة ممنوعة[7]؛ لأنها ذريعة إلى الربا وقرض دراهم بأكثر منها وصفتها: أن يسأل الرجل أن يبتاع له سلعة ليست عنده فيقول له: اشترها لي من مالك بعشرة دنانير نقداً وهي لي باثني عشر إلى شهر كذا فهذا ذريعة إلى الربا على ما ذكرناه.

---

(1) سورة البقرة، (الآية: 275).
(2) أخرجه البيهقي: (230/5)، وعبد الرزاق: (184/8).
(3) في (م): ولم يخالف عليه أحد.
(4) في (م): سائر.
(5) ما بين قوسين: سقط من (ق).
(6) والله أعلم: سقطت من (م).
(7) انظر: المدونة: (193/3)، التفريع: (163/2)، الرسالة: (ص: 212-213)، الكافي: (ص: 325).

باب: في بيع الثمار

بيع الثمار يقع على وجهين: أحدهما قبل بدء الصلاح فيها، والآخر بعده، فأما قبله فلا يخلو أن يقع على أحد ثلاثة أوجه: إما أن يقع بشرط[1] القطع أو بشرط التبقية أو مطلقاً، فأما بيعها بشرط القطع فجائز من غير خلاف[2] لانتفاء الغرر فيها، ولأنه باع شيئاً قبل قبض المشتري عقيب العقد من غير مراعاة لأمر يخافه مع التبقية.

فصل[1.في بيع الثمار بشرط التبقية]

وأما بيعها بشرط التبقية فباطل من غير خلاف[3]، والأصل فيه نهيه ﷺعن بيع الثمرة قبل أن يبدو صلاحها نهى البائع والمشترى[4]، وروي أنه ﷺ: "نهى عن بيع الثمار حتى تزهى، قيل وما تزهى: حتى تحمر أو تصفر"[5]، وقال: "أرأيت إن منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه"[6]، ولأن الغرر يكثر فيها والانتفاع يقل بها، والآفات والعاهات لا تؤمن عليها من تبقيتها، وهذه فائدة قولهﷺ: "أرأيت إن منع الله الثمرة فبم[7] يأخذ أحدكم مال أخيه"[8]، فإذا تتابع طيبها أمنت[9] الآفات عليها في الغالب وقل الغرر فيها، فجاز بيعها.

---

(1) في (م): على شرط.

(2) انظر: بداية المجتهد: (253/7)، المغني: (92/3-94)، فتح الباري: (267/4-313)، نيل الأوطار: (174/5).

(3) انظر: بداية المجتهد: (253/7)، المغني: (92/3-94)، فتح الباري: (267/4-313)، نيل الأوطار: (174/5).

(4) أخرجه البخاري في البيوع، باب: بيع النخل قبل أن يبدو صلاحها: (43/3)، ومسلم في البيوع، باب: النهي عن بيع الثمار قبل بدء صلاحها: (1165/3).

(5) أخرجه البخاري في البيوع، باب: إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها: (34/3)، ومسلم في البيوع، باب: النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها: (1165/3).

(6) هو جزء من الحديث السابق.

(7) في (م): فبماذا.

(8) سبق تخريج الحديث قريباً.

(9) في (ق): أومنت.

فصل[2.في بيع الثمرة مطلقاً]

وأما بيعها مطلقاً فغير جائز[1] خلافاً لأبي حنيفة[2]؛ "لنهيه ﷺ: عن بيع الثمر، حتى يبدو صلاحها"[3] فعم، وروي أنه ﷺ: "نهى عن بيع العنب حتى يَسْودَّ والحب حتى يَشتَّد"[4]، والنهي يدل على فساد المنهي عنه، وتعليق الحكم بغاية يفيد مخالفة ما قبل الغاية لما بعدها، ولأنه عقد على ثمرة مقدرة قبل بدو الصلاح[5]، من غير شرط القطع فلم يصح أصله إذا كان يشترط التبقية.

فصل[3. بيع الثمار بعد بدو صلاحها]

فأما بيعها بعد بدو الصلاح فإنه أيضاً لا بد وأن يقطع على أحد الثلاثة الأوجه[*]: فإن بيعت بشرط القطع فجائز من غير خلاف؛ لأنه إذا جاز ذلك قبل بدو الصلاح فبعده أولى، وإن بيعت بشرط التبقية جاز[6] أيضاً خلافاً لأبي حنيفة[7]؛ لقوله عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾[8] ولنهيه ﷺ: عن بيع الثمرة قبل[9] أن يبدو صلاحها فأطلق، ولأن الإطلاق جائز باتفاق وهو مقتضى للتبقية فاشتراطها تأكيد لمقتضى الإطلاق.

فصل[4. في بيع الثمرة بعد بدو صلاحها على الإطلاق]

فإن بيعت على الإطلاق فجاز أيضا من غير خلاف، والإطلاق يقتضي التبقية ولذلك منعناه قبل بدو صلاحها خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إنه

---

(1) انظر: الموطأ: (618/2-619)، التفريع: (141/2-143)، الرسالة: (ص:214)، الكافي: (ص: 332-333).
(2) انظر: مختصر الطحاوي (ص:78-79)، مختصر القدوري - مع شرح الميداني: (10/2-11).
(3) سبق تخريج الحديث قريباً.
(4) أخرجه مسلم في البيوع، باب: النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها: (1166/3).
(5) في (م): صلاحها.
(*) كذا بالأصل ولعل الصواب (أوجه).
(6) في (م): فجائز.
(7) انظر: مختصر الطحاوي (ص:78-79)، مختصر القدوري - مع شرح الميداني: (10/2-11).
(8) سورة البقرة، الآية: (275).
(9) في (م): حتى.

يقتضي القطع، لقوله ﷺ: "أرأيت إن منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه"[1]، ومنع الثمرة ذهابها بجائحة أو آفة من السماء، وذلك إنما يخاف[2] على ثمرة تبقى ويستدام تبقيتها ويؤمن فيما يشترط فيه القطع، ولأن الإطلاق في العقود[3] محمول على العرف فيكون كالمشترط بدليل وجود ذلك في النقد والسير والحمولة وغيرها وفي نقل ما ينقل من المبيعات، والعرف في الثمار إذا بيعت تبقيتها إلى وقت الجداد والإدراك فوجب حمل الإطلاق على ذلك.

فصل[5. في وصف بدء الصلاح في الثمار]

بدو الصلاح في الثمار يختلف بحسب اختلاف الغراس، ففي النخل بأن يحمَّر أو يصفر البسر وفي العنب أن يسوَّد إن كان مما يسوَّد أو تدور الحلاوة فيه إن كان أبيضاً، والتين والبطيخ وغيرهما إدراكه وبلوغ أكله، والبقول تمام نباتها وأن ينتفع بها إذا قطعت في العادة، وقد وردت السنة بأن بدو الصلاح في الثمار الزهو هو في النخل أن يصفر أو يحمر[4] وفي العنب حتى يسوَّد[5]، وروي "أنه ﷺ: نهى عن بيع الثمرة حتى تطعم"[6].

فصل[6. إذا بدى الصلاح في النخلة من بستان]

إذا بدا الصلاح في نخلة من بستان جاز بيع جميع نخل ذلك البستان، وكذلك إذا بدا في نوع من الثمار كان ذلك كبدوه في جميع ذلك النوع،

---

(1) سبق تخريج الحديث قريباً.
(2) في (ق): يخلف.
(3) في (ق): في المعهود.
(4) أو يحمر: سقطت من (م).
(5) كما جاء في الحديث الذي سبق تخريجه (1006) "إنه ﷺ: نهى عن بيع العنب حتى يسود وعن بيع الحب حتى يشتد".
(6) أخرجه أبو داود في البيوع، باب: في بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها: (667/3)، بلفظ: "حتى تشقح"، وأحمد: (360/3)، والبيهقي: (309/5)، وهو في الصحيحين بلفظ: "حتى تطيب" في البخاري في البيوع، باب: بيع الثمر على رؤوس النخل: (99/3)، ومسلم في البيوع، باب: المنهى عن بيع الثمر قبل بدو صلاحها: (1167/3).

وهذا إذا كان طيباً متتابعاً ولم يكن مبكراً، والمراعى[1] فيه بلوغ الزمان الذي تؤمن فيه العاهة على الثمرة غالباً، لأن لو لم يُجَوَّز ذلك إلا بأن يعم الصلاح الحائط ألحق فيه ضرراً عظيماً[2] ومشقة شديدة، ولا يكاد يلحق الآخر إلا بفساد الأول، فأما الطيب المبكر فلا اعتبار به[3] لأنه لا يحصل معه الأمن من الآفة لسبقه الزمان الذي يؤمن ذلك فيه، ولأنه ﷺ قال: "حتى يبدو صلاحها"[4] أراد الصلاح المأمون المعتاد.

فصل[7. جواز بيع ما يجاور المراح بطيبه وصلاحه]

يجوز أن يباع ما يجاور المراح بطيبه وصلاحه[5] خلافاً للشافعي[6]؛ لأنه إذا جاز بيع ما في المراح بطيب بعضه جاز بيع ما حوله بطيبه؛ لأنه لا فضل في ذلك إلا قيام الجدران بدليل لأنها لو قلعت لارتفع المنع وذلك لا يؤثر، ولأن الزمان الذي تؤمن فيه الآفة غالباً حاصل.

فصل[8. في عدم جواز بيع صنف من الثمار بطيب غيره]

لا يجوز بيع صنف من الثمار بطيب غيره كالرطب والعنب[7]، لأنها متفاوتة في الإدراك والتلاحق تفاوتا[8] شديداً، فلم يكن طيب بعضها دالاً على تلاحق[9] غيره وتخلصه من الآفة.

---

(1) في (م): المراعاة.
(2) في (ق) و(م): ضرورة عظيمة.
(3) انظر في هذا: الموطأ: (619/2)، التفريع: (143/2)، الرسالة: (ص:214،) الكافي: (ص: 33).
(4) سبق تخريج الحديث.
(5) انظر: التفريع: (143/2)، الرسالة: (ص:214)، الكافي: (ص: 332).
(6) انظر: الأم: (3/48-50)، مختصر المزني (ص: 8).
(7) انظر: التفريع: (143/2)، الكافي: (ص: 333).
(8) في (ق): تهاوناً.
(9) في (م): تخلص.

فصل[9. في بيع المقاثي والمطابخ]

يجوز بيع المقاثي والمطابخ[1] إذا بدا صلاح أولها وإن لم يظهر ما بعده، وكذلك الأصول المغيَّبة في الأرض كالجزر والفجل والبصل وما أشبه ذلك[2]، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[3]؛ لقوله عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾[4] ولأن الغرر إذا دعت الحاجة إليه وكان قليلاً جاز البيع ولم يجز في مسألتنا البيع لجملة المقثات والمطبخة حتى يظهر[5] إلى أحد أمرين:

إما أن تفرد[6] الموجود بالمبيع[7]، وهو إنما يؤخذ أولاً فأول، وذلك يؤدي إلى اختلاط ما ظهر بما لم يظهر، لأن خروجه متتابع فليس يؤخذ[8] الأول إلا وقد خرج بدله ويشق التميز بين الثمرين أو أن لا يباع إلا بعد ظهور جميعه، وفي ذلك إضاعته وإفساده، فدعت الحاجة إليه مع قلة الغرر فيه، ولأنا قد اتفقنا على جواز بيع ما لم يبد صلاحه[9] من الثمار تبعاً لما قد بدا صلاحه، وكذلك يجوز بيع ما لم يخلق تابعاً لما قد خلق.

فصل[10. في بيع الورد والياسمين والموز والقرظ والقصب والكتان]

والورد والياسمين جائز بيعه إذا حان قطافه والانتفاع به، ويكون ما بعد ذلك للمشتري إلى آخر إبانّه كما ذكرنا في المقاثي والمطابخ، وأما الموز فلا بد فيه من ضرب أجل لأنه يبقى سنين عدّة فيحتاج إلى ضرب أجل ليعلم مقدار المبيع منه وكذلك القرظ[10] والقصب لا يجوز بيعه حتى يفني، لأن

---

(1) المقاثي: يشمل البطيخ والخيار والقثاء والقرع والباذنجان ونحوه والمطابخ، وهو ما لا يمكن أكله إلا بالطبخ.
(2) انظر: التفريع: (143/2)، الكافي: (ص: 333).
(3) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 78)، مختصر المزني (ص: 80).
(4) سورة البقرة، الآية: 275.
(5) أي: يظهر نباته على الأرض.
(6) في (م): يعود.
(7) بالبيع: سقطت من (ق).
(8) في (م): يوجد.
(9) في (ق): صلاحها.
(10) القرظ: هو حب معروف يخرج في غلف كالعدس من شجر العضاء (انظر المصباح المنير ص: 499).

مدة بقائه مجهولة، ويجوز بيعه عده جزات، ويجوز أن يشترى الكتان ويستثنى حبته ولا القرظ يستثنى برسيمه إذا كان ذلك قبل جفاف الحب واستغنائه عن الماء، لأن ذلك بيع الثمرة قبل بدو صلاحها بشرط التبقية، ويجوز ذلك إذا كان قد قد استغنى عن الماء ويبس[1]، ولأنه موجود مشاهدة[2].

فصل[11. في بيع الحنطة في سنبلها]

بيع الحنطة في سنبلها مفردة[3] عن السنبل غير جائز بالإجماع، وأما بيع السنبل[4] إذا يبس واستغنى عن الماء فجائز[5] خلافاً للشافعي[6] لما روى أنه ﷺ نهى عن بيع السنبل حتى يبيض[7]، (وروى:"عن بيع الزرع حتى تبيض"[8])[9]، ولأنه مأكول دونه حائل من أصل الخلقة هي كالباقلاء في قشرته السفلى.

فصل[12. في بيع الجوز والجلوز واللوز والباقلاء في قشره]

يجوز بيع الجوز والجلوز واللوز والباقلاء في قشره الأعلى وبه[10]، قال أبو حنيفة وقال الشافعي: لا يجوز[11]، ودليلنا لقوله تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ﴾[12]، ولأنه مأكول في أكمام من أصل الخلقة فجاز بيعه كالرمان والموز، ولأن الضرورة تؤدي إلى ذلك لأن بالناس حاجة إلى بيعه

(1) في (م): يتبين.
(2) في جملة هذه الأحكام انظر: التفريع: (2/144-145)، الكافى: (ص: 333).
(3) في (ق): المنفردة.
(4) وأما بيع السنبل: سقطت من (ق).
(5) انظر: التفريع: (2/144-145)، الكافى: (ص: 333).
(6) انظر: الأم: (3/40-41)، مختصر المزني (ص: 80)، الإقناع (ص: 92).
(7) أخرجه مسلم في البيوع، باب: النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع: (3/1165-1166).
(8) لم أعثر على تخريج لهذا الخبر.
(9) ما بين قوسين سقط من (م).
(10) في (ق): وتبدأ.
(11) انظر: مختصر الطحاوى (ص: 78)، مختصر المزني (ص:80).
(12) سورة البقرة، الآية: (275).

رطباً لأنه ليس كل أحد يمكنه أن يجفف ثمرته وفي نزع قشرته إفساد له فلم يبق إلا جواز البيع.

فصل[13. بيع الأصول مع ثمرها مؤبرة وغير مؤبرة]

وإذا ابتاع أصل نخل وفيها ثمر، فإن كان قد أبر[1] فهو للبائع إلا أن يشترطه المبتاع، وإن كان لم يؤبر فهو للمبتاع من غير شرط وإن استثناه البائع لم يجز[2]، وقال الشافعي: يجوز،[3] وقال أبو حنيفة: والثمرة في الحالين للبائع قبل الإبار وبعده ولا يكون للمبتاع إلا بشرط، ودليلنا قوله ﷺ: "ومن ابتاع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترطه المبتاع"[4] فشرط في كونه للبائع أن يؤبر، فدل على أنها قبل التأبير ليست له، ولأنه كامن في أصله الخلقة فوجب أن يتبعه[5] في البيع (بمقتضى العقد كالحمل في البطن واللبن في الضرع)[6]، وإنما قلنا: إنّ البائع إن استثناها لم يجز لأنها قبل الأبار كامنة غير ظاهرة، فهي كالجنين في بطن أمه واستثناء الجنيني إذا بيعت الأم غير جائز.

فصل[14. إذا أبر بعض الأرض وبعضها لم يؤبر]

إذا أبر بعضها ولم يؤبر البعض، فإن كانا متساويين كان ما أبر البائع ما لم يؤبر للمشتري، وإن كان أحدهما أكثر من الآخر ففيهما روايتان[7]:

إحداهما: أن الأقل تبع للأكثر، والأخرى: أن ما أبر للبائع وما لم يؤبر للمشتري.

---

(1) **التأبير**: هو التلقيح أبرت النخل يعني لقحت (غرر المقالة ص: 217).
(2) انظر: التفريع: (146/2)، الرسالة: (ص:214)، الكافى: (ص: 335).
(3) انظر: الأم: (41/3)، مختصر المزني (ص: 80)، الإقناع (ص: 92).
(4) أخرجه البخاري في البيوع، باب: قبض من باع نخلاً قد أبرت: (35/3)، ومسلم في البيوع، باب: من باع نخلاً عليها تمر: (173/3).
(5) في (م): يبيعه.
(6) ما بين قوسين سقط من (م).
(7) نظر: التفريع: (146/2)، الرسالة: (ص: 217)، الكافى: (ص: 335).

فوجه الأولى: أن الأصول موضوعة على الغالب على أن القليل تابع للكثير فوجب حمل هذا الموضع عليها[1]، ووجه الثانية عموم الخبر واعتباراً بالعراجين.

وإنما قلنا: إنهما إذا كان متساويين لم يتبع أحدهما[2] الآخر لأنه ليس لأحدهما مزية على الآخر بكثرة فيتبعه.

فصل[15. علامة التأبير في الأشجار غير النخل]

ما عدا النخل من سائر الأشجار فعلامة التأبير فيها أن تورد الشجر ثم ينعقد الورد ثمراً، فيثبت البعض ويسقط البعض مما لم ينعقد فيها[3]، فيكون ذلك كالإبار في النخل.

فصل[16. إذا اشترى أرضاً وفيها زرع صغير ولم يبد صلاحه]

إذا اشترى أرضاً وفيها زرع صغير لم يظهر ولم يبد صلاحه ولم يذكره في عقده ففيها روايتان: إحداهما أنه للبائع والأخرى أنه للمبتاع، فإذا قيل: للمبتاع[4] فاعتباراً بالثمرة، وإذا قيل: إنه للبائع فلأنه عين وضعت في الأرض على غير التأبيد بل على النقل والاسترجاع كالمال المدفون[5] في الأرض.

فصل[17. بيع الثمار على رؤوس النخل والشجر جزافاً]

يجوز بيع الثمار على رؤوس النخل والشجر جزافاً[6]؛ لأنها مشاهدة وتسرى وتحرز ولا يجوز بيعها[7] بالخرص لأنه غرر ولا حاجة تدعو إليه واعتباراً ببيع الصبرة، ويجوز بيع جزء منها مثل نصفها أو ثلثها وربعها

---

(1) في (ق): على هذا.
(2) في (ق): إحداهما.
(3) وفيها: سقط من (م).
(4) فإذا قيل للمبتاع: سقطت من (م).
(5) في (ق): المرهون.
(6) انظر: التفريع: (147/2)، الرسالة: (ص:216)، الكافي: (ص: 326).
(7) في (م): ولا يجوز بيع الثمار على رؤوس النخل والشجر.

للضرورة على بيعها في رؤوس النخل على ما هي عليه، ولأن المبيع معلوم والمستثنى المبقى على الملك معلوم، ويجوز أن يستثني منها جزءاً معلوماً، كما يجوز أن يبتدأ في بيع ذلك الجزء المبقى باسمه من غير استثناء إذا لعوض معلوم، ولو[1] قال: بعتك هذه الثمرة إلا ربعها فهو كقولك[2]: بعتك ثلاث أرباع الثمرة[3] فيصح[4]، ولا فرق في ذلك بين القليل والكثير إلا قبح اللفظ، وذلك غير مؤثر، وأما استثناء الكيل فيجوز عندنا مما بينه وبين الثلث فقط، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[5] في منعهما ذلك في الكيل[6] في القليل والكثير، فإن ذلك عمل متصل بالمدينة[7] مستفيض بين الصحابة والتابعين أنهم كانوا يفعلونه إذا باعوا حوائطهم، ولأنه استثناء قدر معلوم، فصح البيع معه أصله استثناء الجزء ولا تدخل عليه الزيادة على الثلث؛ لأن التعليل لإلحاق أحد النوعين بالآخر.

فصل[18. في تعليل الفصل بين ما زاد على ثلث الكيل وبين ما قصر عنه]

وإنما فصلنا بين ما زاد على الثلث، وبين ما قصر منه لأن ما قصر عنه في حيز القليل فلا يُبطل غرض المشترى، ولأنه لا يؤدي إلى الجهل بالمبيع ومقداره.

فصل[19. إذا باع ثمرة حائط واستثنى نخلات منه]

إذا باع ثمرة حائط واستثنى نخلات منه، فذلك على وجهين: أحدهما أن يعين ما استثناه، والآخر أن لا يعينه: فإن عيَّن ما استثنى فذلك جائز لا يختلف المذهب فيه لأن البيع يتناول ما عدى تلك بالأعيان المستثناة، وإن

---

(1) في (م): وإذا.
(2) في (م): كقوله.
(3) في (م): أرباعها.
(4) في (ق): فلا يصح.
(5) انظر: مختصر الطحاوى (ص: 78)، مختصر المزني (ص: 60).
(6) في الكيل: سقطت من (م).
(7) حكى عمل أهل المدينة القاضي عبد الوهاب أيضاً في كتابه الإشراف: (265/1).

لم يعين وكان ذلك مغلقاً علي الاختيار، فلا يخلو أن يشترط الخيار للبائع أو للمشترى، فإن كان للبائع جاز إن كان[1] بقدر ثلث الثمرة، مما يجوز له أن يستثنيه كيلاً، وإن كان للمشتري فلا يجوز لأن غرض المشتري لا يحصل له ويصير المبيع مجهولاً[2].

فصل[20. في استثناء الجلد والسواقط في الشاة المبيعة]

اختلفت الروايات عن مالك في استثناء الجلد والسواقط في الشاة المبيعة[3]: فروى عنه منعه على الإطلاق، وروى عنه: إجازته في السفر دون الحضر، وقال المحققون من أصحابنا: إن هذا كله اختلاف أحوال وليس باختلاف قول، والمذهب أن الإسقاط إذا كانت لها قيمة وبال يأخذ قسطاً كبيراً من الثمن فإن استثناها فهو غير جائز[4] في سفر ولا حضر لأن استثناء الكثير تعرض الصفقة للغرر واستثناء اليسير لا يوجب ذلك، وإذا كانت يسيرة القيمة لا خطب لها فإن استثناءهَا جائز لقلة الغرر، والمنع والإباحة يتبع هذا المعنى، وإما نص على الحصى بالمنع، وعلى السفر بالإباحة ليجري العادة بكثرة القيمة في الحضر وقلتها ودناءتها[5] في السفر.

فصل[21. دليل جواز الاستثناء]

وإنما قلنا: إن استثناءها جائز في الجملة لأنه[6] ﷺ لما هاجر ومعه أبو بكر -رضي الله عنه- مروا براع فاشتروا منه شاة وشرطوا له رأسها وإسقاطها[7]، وروى

(1) في (م): كانت.
(2) انظر: التفريع: (147/2)، الرسالة: (ص:22)، الكافى: (ص: 331).
(3) انظر: المدونة: (291/3 -292)، الكافى: (ص: 331).
(4) في (ق): جائز.
(5) في (م): دنى خطبها.
(6) في (م): لما روى.
(7) في (م): سواقطها، وأخرج الحديث أبو داود في مراسيله عن عروه بن الزبير وذكر الحديث في المدونة ورواته ثقات إلا موسى بن شيبة الحضرمي، فإنه مقبول والحديث مرسل (انظر: تخريج أحاديث المدونة: 1138/3).

ذلك عن زيد بن ثابت[1] وجماعة من الصحابة[2] -رضي الله عنهم- ويجوز استثناء اليسير من لحمها كالأرطال اليسيرة ولا يجوز زيادة على ذلك لأنه يؤدي إلى الجهل بالمبيع كالثمرة ولا يستثنى منها فخذاً ولا يداً، لأن ذلك يكثر الغرر فيه بخلاف السواقط.

فصل[22. في شراء ثمر مكيل من حائط بعينه]

يجوز أن يشتري الرجل ثمراً مكيلاً من حائط بعينه، وقد بدا صلاحه بثمن معجل أو مؤجل معلوم[3]، فإن فنى استيفائه ما ابتاعه منه أخذ بقيمة رأس ماله أو غيره مما يتراضيان عليه في الحال ولا يؤخراه[4].

وإنما قلنا ذلك لأنه بيع عين وليس بسلم؛ لأنه يتعلق بالذمة فجاز في الحائط المعين بالثمن المعجل والمؤجل.

وإنما قلنا: يأخذ بقيمة[5] رأس ماله، لأن العين إذا تعذرت التوفية بها[6] بطل العقد فيها ولا يلزم[7] أن يدفع إليه بقيته لأن العقد لم يتناول شيئاً في الذمة.

وإنما قلنا: إن لهما أن يتراضيا على شيء يفسخه فيه، لأن ذلك ليس ببيع الطعام قبل قبضه لأنه إذا لم يبق له ما يأخذه تبيَّنا أنه لم يملك ما لم يبق له فانفسخ العقد فيما بقي، وقلنا: لا يؤخره لئلا يكون ديناً بدين.

---

(1) **زيد بن ثابت**: ابن الضحاك بن لوذان الأنصاري البخاري، صحابي مشهور، كتب الوحي، كان من الراسخين في العلم، مات سنة خمس أو ثمان وأربعون، وقيل: بعد الخمسين (تقريب التهذيب، ص: 222).

(2) وروى عن علي بن أبي طالب وشريح الكندي، (انظر: عبد الرزاق: (27/8) المغني: (116/4)).

(3) معلوم: سقطت من (م).

(4) انظر: التفريع: (148/2)، الكافى: (ص: 332).

(5) في (ق): بقدر.

(6) في (م): فيها.

(7) في (م): يلزمه.

باب: في العرية

العرية[1] جائزة[2] وهي: أن يهب الرجل ثمرة نخله أو نخلات أو شجرة له من رجل، ولا يجوز لمن أعريها أن يبيعها حتى يبدو صلاحها، فإذا بدا صلاحها جاز له أن بيعها من كل أحد بالذهب والفضة والعروض، ومن مُعريها خاصة بخرصها ثمراً يدفعه إليه عند الجذاذ في خمسة أوسق فدونها ولا يجوز ذلك في زيادة عليها في حق كل واحد مما عرى، بأن كان الجميع يزيد على خمس[3] وسق بعد أن لا تزيد عرية كل واحد على ذلك.

وإنما قلنا: إن العرية هبة ثمر النخل أو الشجر لأن العرية في اللغة: الهبة، قال أهل اللغة: العيرة والمنحة والعطية بمعنى واحد، تقول: عروّ الرجل أَعْرُوه إذا أتيته تلتمس ثمرة، وقيل أيضاً[4]: إنها مأخوذة من تخل الإنسان عن ملكه وعُرُوُه منه كأنه عرى منه، ومنه قوله عَزَّ وجَلَّ: ﴿فَنَبَذْنَٰهُ بِٱلْعَرَآءِ﴾[5] بالموضع الخال المنكشف[6]، وعند أبي حنيفة أنها الهبة على ما قلناه إلا أنه قال: يجوز أن يعطيه بها ثمراً[7] لأنها لم تجب لعدم القبض، فله أن يأخذها

---

(1) العرية: قال ابن عرفة: هي ما منح من ثمر ييبس، وقال المازري: هي هبة الثمرة، وقال عياض: منح ثمر النخل عاماً، وقال الباجي: هي النخلة الموهوب ثمرها (حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع ص: 287).

(2) انظر: المدونة: (2/272-278)، التفريع: (2/149-151)، الرسالة: (ص: 222)، الكافى: (ص: 315-316).

(3) في (ق): مائة.

(4) أيضاً: سقطت من (م).

(5) سورة الصافات، الآية: (145).

(6) انظر: تفسير الطبري: (23/101).

(7) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 78)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (2/203).

منه ويعطيه الثمر[1] ابتداء، وعند الشافعي: أن العرية بيع الرطب في رؤوس النخل بثمن يتعجله[2].

فصل[1. تعليل أحكام العرية]

وإنما قلنا: إنها ليست ببيع لما قدمناه من الأدلة على أن معناها الهبة في اللغة، وإنما قلنا: إنه لا يجوز بيعها قبل بدو صلاحها نهيه ﷺ عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها[3]، فعم الثمرة الموهوبة[4] وغيرها، وإنما قلنا: إنه يبيعها بما شاء من الثمن سوى الطعام بسائر الثمار المملوكة بالشراء أو بأصل الملك أو بميراث أو غير ذلك، وإنما قلنا: إنه يجوز بيعها من معريها خاصة بالثمر لأن النبي -ﷺ- أرخص في العرايا بأن تباع بخرصها تمراً[5]، وإنما جاز ذلك في المعرى خاصة؛ لأنه يريد قطع تطرق المعرى[6] عليه في دخوله إلى حائطه، فيجوز ذلك للرفق به، وهذا لا يوجد في غيره، وإنما قلنا: لا يجوز أن يقال: وإنما ابتداء بيع الرطب (في رؤوس النخل بالتمر لنهيه ﷺعن بيع الرطب) [7] بالتمر؛ ولأن العرية اسم الهبة على ما بيناه دون البيع.

وإنما قلنا: يأخذه عند الجذاذ لأن الحديث بذلك ورد، ولأن القصد منها الرفق دون المغابنة والمتاجرة، ولا يجوز تعجله لأن ذلك يبطل فائدة الرخصة فيها واستثناءها من بابها، وإنما يكون على وجه كفاية المعرى القيام بسقيها وتعهدها[8] ومؤونتها، فإذا كان وقت الجذاذ يدفعها[9] إليه، فيكون قد زاد في إحسانه إليه بذلك.

---

(1) في (م): الثمن.
(2) انظر: الأم (3/53-56)، مختصر المزني (ص: 81).
(3) سبق تخريج الحديث.
(4) في (م): فعم الثمر الموهوب.
(5) أخرجه البخاري في البيوع، باب: بيع الزبيب بالزبيب: (3/30)، ومسلم في البيوع، باب: تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا: (3/1169).
(6) في (ق): العرايا.
(7) ما بين قوسين سقط من (م).
(8) تعهدها: سقطت من (ق).
(9) في (م): دفعها.

وإنما قصرناها على الخمسة الأوسق فدونها اتباعاً للحديث، ولأنها لما كانت مخصوصة ومستثناة من بابها وجب أن يحد بقدر لا يكون ذريعة إلى اختلاطها بالأصل الممنوع؛ لأن هذا حكم كل بعض مستثنى من جملة.

وإنما قلنا: إنه لا بأس بالزيادة على ذلك في حق الجماعة المعْرِينَ، لأن عرية كل واحد قائمة بنفسها لا تتعلق بعرية غيره، فجاز في كل واحد ما جاز في الآخر.

فصل[2. الجوائح في الثمار]

إذا ابتاع[1] ثمراً فأجيحت[2] بآفة من السماء من برد أو ريح و ثلج أو جراد أو عفن أو غير ذلك فأصيبت ثلث مكيلتها فصاعداً وضع عنه من ثمنها بقدر المجتاحِ منها فمصيبتها فيما دون الثلث من المشتري، وذلك ما دامت محتاجة إلى تبقيتها في رؤوس النخل[3]، والأصل في وجوب وضع الجوائح -خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[4]- ما روي أنه- ﷺ: أمر بوضح الجوائح[5]، وقال -ﷺ-: "من ابتاع من أخيه ثمرة فأصابتها جائحة فلا يأخذ من ثمنها شيئاً فبم يأخذ مال أخيه بغير حق"[6]، وهذا نص، ولأن بيع الثمار على رؤوس النخل في معنى الإجارة لأنها تؤخذ أولاً فأول كالمنافع التي تستوفى أولاً فأول، فقد ثبت أن المنافع إذا تلفت قبل مضي المدة كانت من ضمان المكرى كذلك الثمار، ولأن التخلية بمجردها لا يكون قبضاً في الثمار بدليل أن تلف الثمرة بعطش يكون من البائع، ولأن البائع ليس له المطالبة بنقلها إلى الجذاذ، فعلم أنها غير مقبوضة وإن وجدت التخلية، ولأنها

---

(1) في (ق): باع.
(2) الجائحة: يعني الآفة (غرر المقالة ص: 222).
(3) انظر: التفريع: (2/151-152)، الرسالة: ص:222، الكافى: (ص: 434).
(4) انظر: مختصر الطحاوى (ص: 78 -79)، مختصر المزني (ص: 80-81).
(5) أخرجه مسلم في المساقاة، باب: وضع الجوائح: (3/1191).
(6) أخرجه مسلم في المساقاة، باب: وضع الجوائح: (3/1190).

ثمرة مبيعة محتاجة إلى تبقيتها في النخل، فإذا تلفت بآفة سماوية كانت من بائعها كالتلف العطش.

فصل[3. مراعاة الجائحة في ثلث الثمرة]

وإنما راعينا ثلث الثمرة دون ما قصر عنه لأن المشتري دخل على أنه لابد ممن تلف يسير بأكل العافي والمجتاز وسقوط اليسير وأكل الطير[1]، وغير ذلك مما يعلم بضرورة العادة أن المشتري لم يدخل على سلامتها منه، ولأنه ﷺ لما أمر بوضع الجوائح، وكانت الجائحة اسما لما أتلف جل الشيء أو ماله خطر وبال منه دون اليسير الذي لا يطلق على[2] المال التالف منه أنه جائحة فيه صح ما قلناه، فإذا ثبت ذلك احتيج في الفصل بين القليل والكثير إلى[3] حد يفصل بينهما، فكان الثلث أولى لأمرين: أحدهما أنه إذا ثبت وجوب الفصل فلا حد سواه يصير إليه قائل، والآخر أنه قد اعتبر في الفصل بين القلة والكثرة في غير موضع من الشرع منها: الوصية والمحالقة وحمل[4] العاقلة والحجر على المرأة في مالها لحق زوجها وغير ذلك، فكذلك[5] هاهنا.

فصل[4. مراعاة تلف الثلث من المكيلة]

وإنما راعينا تلف الثلث من المكيلة –خلافاً لأشهب- في مراعاة تلف ثلث القيمة لأن كل مصيبة في مبيع وجب بها[6] الرجوع على البائع في الثمن فالاعتبار بقدرها من المبيع أصله تلف المبيع المشاع قبل القبض، ووجه قول أشهب إن وضع الجائحة لئلا يستبد البائع بالثمن من غير عوض

(1) في (م): الطائر.
(2) في (م): لا يبطل عاد.
(3) في (م): الذي.
(4) في (ق): والعاقلة حملها.
(5) في (م): فكان.
(6) في (ق): لبها.

يحصل للمشتري، فإذا أصيب ما قيمته أكثر من ثلث الثمن، فذلك أخذ مال المشتري بغير عوض.

فصل[5. اشتراط حاجتها إلى بقائها على النخل]

وإنما اشترطنا حاجتها إلى بقائها على النخل؛ لأن وضع الجائحة في الحال[1] التي تبقى للمبتاع فيها حق توفية على البائع، وذلك حال حاجتها إلى بقائها على النخل، فإذا استغنت سقط حق التوفية فلم تبق على المبتاع[2] عهدة يجب بها الرجوع.

فصل[6. وضع الجوائح في البقول]

وفي البقول ثلاث روايات[3]: إحداهما أنها كالثمر ووجهها اعتبارها بالثمار، والثانية أن يوضع قليلها وكثيرها ووجهها عموم الخبر وافتراقها عن الثمار المعتادة وجريها بذهاب يسير الثمرة وانتفاعها في البقول، والثالثة أنه لا يوضع لها شيء؛ لأنه تخرج غير محتاجة إلى تبقية في موضعها، والأول هو القياس، والله أعلم.

---

(1) في (ق): المال.
(2) في (م): البائع.
(3) انظر: التفريع: (153/2)، الرسالة: (ص:222)، الكافي: (ص: 334).

باب: في منع التفاضل في بيع الذهب بالذهب

الصرف والتفاضل ممنوع في بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة على أي صفة كانا أو أحدهما[1] من نقار[2] أو مضروب أو مصوغ[3] أو مكسور أو جيد أو ردئ، فلا يجوز إلا مثلاً بمثل وزناً بوزن، وقد دللنا على ذلك فيما تقدم.

فصل[1. في بيع الحلي المكسور جزافاً]

يجوز بيع الحلي المكسورة جزافاً ولا يجوز بيع الدنانير والدراهم جزافاً[4]؛ لأن أصل الجزاف غرر، وقد نهى رسول الله -ﷺ- عن بيع الغرر[5]، إلا أنه في الحلي تدعو الضرورة إليه ويخف أمره ويكثر في المضروب للتشاح فيه، ولأن السكة الخفيفة أنفق عن الناس عن الثقيلة، فكان القصد فيه إلى الغرر.

فصل[2. في عدم تأخر القبض عن عقد الصرف]

ولا يجوز في الذهب بالذهب ولا الفضة بالفضة ولا في أحد الجنسين بالآخر أن يتأخر القبض عن العقد بحال ولا يقبل في ذلك حوالة ولا حمالة ولا نظرة لقوله ﷺ: "إلا ها وها يداً بيد"[6]، (وإن طال بينهما المجلس من غير تقابض بطل العقد[7] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما: إن العقد

---

(1) انظر: المدونة: (3/98-115)، التفريع: (2/153)، الرسالة: (ص: 217) ، الكافي: (ص: 307-308).
(2) نقار: جمع نقرة وهي السبيكة أو القطعة المذابة من الذهب أو الفضة (المصباح المنير ص: 621).
(3) في (ق): مصنوع.
(4) انظر: المدونة: (3/105)، التفريع: (2/156-157)، الرسالة: (ص: 217).
(5) سبق تخريج الحديث في الصفحة (979).
(6) سبق تخريج الحديث في أول كتاب البيوع.
(7) انظر: المدونة: (3/89-90)، التفريع: (2/153-155)، الرسالة: (ص: 217)، الكافي: (ص: 303-305).

لا يبطل بترك التقابض ما لم يفترقا[1] بقوله: "ها وها يداً بيد"[2]) وهذا لم يوجد، ولأن القبض قد تراخا عن العقد فأشبه إذا افترقا.

فصل[3. في اقتضاء الذهب والورق أحدهما من الآخر]

يجوز في الذهب والورق اقتضاء أحدهما من الآخر إذا خلا لحديث ابن عمر قال: كنا نبيع الإبل بالبقيع فتأخذ مكان الذهب الفضة ومكان الفضة الذهب، فسألنا رسول الله -ﷺ- "لا بأس إذا كان بسعر يومه"[3]؛ ولأن الحالَّ في حكم الحاضر، فجاز ذلك فيه، وتلا يجوز قبل حلوله، لأنه يكون ذهباً متأخراً.

فصل[4. في تطارح ما للرجل إذا كان لكل منهما ذهب حالة]

ولو كان لرجل على رجل ذهب حالَّة وللآخر عليه مثلها جاز، أن يتطارحاها[4] صرفاً خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[5]، لقوله ﷺ: "إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم"[6]، ولأن الحال كالمقبوض فكان كالعين بالعين سواء.

فصل[5.إذا وجد في أحد الثمنين في الصرف نقصاناً]

وإذا وجد في أحد الثمنين نقصاناً، فإن رضي به جاز لأن الثمن يكون بقدر ما حصل معه، وإن طلب التمام انتقض الصرف لأن القبض يكون متأخراً عن العقد، وكذلك إن وجد زائفاً أو رديئا، فإن رضي به وإلا بطل الصرف ثم ينظر فإن كان سمّيًا لكل دينار سعراً معلوماً انتقض صرف دينارٍ

---

(1) انظر: مختصر الطحاوى (ص: 75)، مختصر المزني (ص: 77-78).

(2) سبق تخريج الحديث.

(3) أخرجه أبو داود في البيوع في اقتضاء الذهب من الورق: (651/3)، والنسائي في البيوع، باب: بيع الفضة بالذهب: (248/7)، وابن ماجه في التجارات، باب: اقتضاء الذهب من الورق: (76/2)، والترمذي في البيوع، باب: ما جاء في الصرف: (544/3)، وأحمد: (136/2)، وصححه الحاكم: (44/2)، وقال: على شرط مسلم.

(4) انظر: المدونة: (94/3)، التفريع: (154/2).

(5) مختصر القدوري مع شرح الميداني: (39/2-47)، الأم: (33/3-35).

(6) أخرجه مسلم في المساقاة، باب: الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً: (1211/3).

واحد لأن كل دينار معقود عليه بنفسه عقداً يستغني به عن ضم غيره إليه وإن كان)[1] سمَّى للجملة ثمنا لم تسقط التسمية على حساب كل دينار انتقض جميع الصرف لأن العقد واحد للجميع[2].

فصل[6.في تبديل السكة]

إذا اقترض دراهم أو دنانير أو فلوساً أو باع بها بيعاً ثم غيرت سكتها[3] وصار النقد غيرها فله مثل ما اقترض أو باع وليس له النقد الجديد لأن النقد إذا تقرر[4] وانبرم لم يبطل بالتعامل بغيره، ولأن أكثر ما في ذلك أن يرخص ذلك النقد أو يغلى، وذلك غير مؤثر كما لو رخص أو غلا والنقد باق في التعامل به[5].

فصل[7.من اقترض ذهباً ونسبها إلى قيمتها من الدراهم أو دراهم نسبها إلى قيمتها من الذهب]

ومن اقترض من صيرفي أو غيره ذهباً ونسبها إلى قيمتها من الدراهم أو دراهم ونسبها إلى قيمتها من الذهب[6]، فليس له عليه إلا ما قبض (لأن ذلك هو الذي يستحق عليه)[7] دون القيمة، ولأنا لو طلبناه بالقيمة لصار صرفاً بنسيئة.

فصل[8.جواز التسامح للرفق]

بدلُ الدينار الناقص بالوازن أو الدرهم الناقص بالوازن[8] على وجه الرفق والمعروف جائز يداً بيد لأن كسر السكة غير جائز، والمعروف يجوز فيه ما لا

---

(1) ما بين قوسين سقط من (م).
(2) انظر: المدونة: (3/110-115)، التفريع: (2/155-156)، الكافي: (ص: 304).
(3) السكة: وهو ضرب النقود (المعجم الوسيط 1/440).
(4) في (م): تعذر.
(5) انظر: المدونة: (3/102)، التفريع: (2/158)، الكافي: (ص: 309).
(6) في (م): بالذهب.
(7) ما بين قوسين : سقط من (م) ومن (ر).
(8) الوازن: سقطت من (م).

يجوز في غيره، وهذا إذا لم يعرض ما يمنع منه من اختلاف الفضتين والغرض بهما وأن يخاف كون غرضهما التبابع لا المعروف.

فصل [9. في عدم جواز بيع ذهب وفضة بذهب ولا بيع تمر وبر ببر]

لا يجوز بيع ذهب وفضة بذهب ولا بيع تمر وبر ببر، وعقد هذا الباب: أن كل جنس فيه الربا إذا بيع بمثله فلا يجوز أن يكون مع أحد الجنسين غيره[1] ولا معهما جميعاً وسواء كان الغير فيه الربا أو مما لا ربا فيه[2].

وقال أبو حنيفة: يجوز بيع صاع تمر وثوب بصاعي تمر، فيكون أحد الصاعين في مقابلة الصاع والثوب في مقابلة الصاع الآخر، وكذلك دينار وثوب[3] بدينارين[4].

وإنما منعنا ذلك لحديث فضالة بن عبيد[5] قال: أُتِيَ النبي ﷺ: عام خيبر بقلادة فيها ذهب وخرز ابتاعها رجل بتسعة دنانير، فقال ﷺ: "لا حتى تميز بينهما"، وقال: إنما أردت الحجارة، فقال: "لا حتى تميز بينهما"[6] وهذا نص، ولأن مقابلة[7] جنس آخر لأحدهما أو لهما يمنع المماثلة لأن الذهب المنفردة ليس في مقابلتها ذهب مثلها وإنما في مقابلتها ذهب وعرض، وهذا ضد المماثلة، ولأن الصفقة إذا تناولت أشياء كانت جملة (الثمن في مقابلة الجميع)[8] منقسطة على المبلغ والقيمة، فإذا تبايعا ديناراً و ثوباً بدينارين، حصلت جملة الدينار والثوب في مقابلة الدينارين، ولا نأمن أن تكون قيمة

---

(1) في (م): في أحد الجنس.
(2) انظر: المدونة: (3/97-99)، التفريع: (2/155-157)، الكافي: (ص: 307).
(3) في (م):درهم.
(4) انظر: مختصر القدوري - مع شرح الميداني: (2/40-41)،
(5) فضالة بن عبيد: بن نافذ بن قيس الأنصاري الأوسي، أول ما شهد أُحُداً، ثم نزل دمشق وولى قضائها، ومات سنة ثمان وخمسين (تقريب التهذيب، ص: 445).
(6) أخرجه مسلم في المساقاة، باب: بيع القلادة منها خرز وذهب: (3/1213).
(7) في (ق): مقارنة.
(8) ما بين قوسين: سقط من (م).

الثوب ديناراً[1] أو أكثر من دينار فيؤدي ذلك إلى أن يكزن دينار في مقابلة أقل من دينار وذلك ربا لأن الجهل بالتماثل بمعنى تحقق التفاضل...

فصل[10. في صرف الذهب الجيد بالردئ]

لا يجوز دينار ذهب جيد ودينارين من ذهب ردئ بدينارين دون الجيد وفوق الردئ[2]، وكذلك في التمر لا يجوز صاع معقلى[3] وصاع دقلى[4] بصاعين من برنى[5] خلافا لأبي حنيفة[6]؛ لأن التفاضل في القيمة في المماثلة يمنعها ويصير كالتفاضل في الوزن، لأن هذا إنما رضي أن يزن الدينار المتوسط ويأخذ الدون لمكان الجيد الذي معه ولولا ذلك لم يفعل، وكذلك إنما رضي بأخذ الدقلى بدلا من البرنى[7] لأجل ما معه من المعقلى، والآخر إنتا رضي بأخذ البرني بدل المعقلى لأنه يأخذ صاحبه معه دقلاً وكل ذلك تخاطر[8] وقصد للمغابنة؛ ولأن الثمن ينقسط على الجملة فتمتنع المماثلة، وأما إن كانت الرديئة في جهة والجيدة في جهة فيجوز لأن القصد من ذلك المعروف والرفق لا المتاجرة.

فصل[11. في المراطلة]

المراطلة[9] بالذهب جائزة[10] وهي أن يوضع أحد الذهبين في كفة والآخر في كفة بغير صنجة[11]، فإذا استوى لسان الميزان بينهما أخذ كل واحد منهما ذهب صاحبه بدلاً من ذهب نفسه لأن التماثل يحصل بهما كما لو

---

(1) في (م): دينارين.
(2) انظر: المدونة: (3/115-116)، التفريع: (2/155)، الرسالة: (ص: 217) ، الكافى: (ص: 307).
(3) المعقلى: نوع من الرطب (صحاح: 5/1769).
(4) الدقلى: أردأ التمر (المعجم الوسيط: 1/52).
(5) برني: نوع جيًّد من التمر مدورأحمر مشرب بصفرة (المعجم الوسيط: 1/52).
(6) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 77) ، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (2/38).
(7) في (م): بدل الدقلى برنياً.
(8) في (ق): لخاطر.
(9) المراطلة: لغة هي الوزن، واصطلاحاً: بيع ذهب به وزناً أو فضة كذلك (المصباح المنير ص: 230، مع حدود ابن عرفة (ص: 245).
(10) انظر: المدونة: (3/113)، الموطأ: (2/238)، ، الكافى: (ص: 305).
(11) الصنجة: هو ما يتخذ مدوراً على كفتى الميزان (المعجم الوسيط: 1/527).

كان بصنجة ولا يراعى في ذلك إلا الوزن دون العدد، فإن كان إحدى الذهبين أكثر عدداً أو أقل وهما[1] متساويان في الوزن فلا بأس.

فصل[12. في عدم جواز انضمام عقد البيع إلى الصرف]

ولا يجوز[2] أن ينضم إلى الصرف عقد بيع إلا أن يكون يسيراً على وجه التبع[3]؛ لأن الصرف ضيِّق بابه وغُلِّظ فيه واختص بأحكام لا يوجد في غيره، فإذا انضم إلى غيره فاحتيج إلى اعتباره به وذلك غير جائز فإن كان يسيراً جاز لأن الضرورة تدعو إليه مثل أن يصرف ديناراً بعشرة دراهم، فيعجز الدرهم أو النصف فيدفع إليه عرضاً بقيمته أو يزيد الدينار والدرهم وكسره غير جائز فهاهنا يجوز للضرورة؛ لأنه يعلم أن البيع غير مقصود.

فصل[13. في شراء تراب الذهب والفضة]

يجوز شراء المعادن من الذهب والفضة الجنس منهما بخلافه ولا يحق بجنسه[4] خلافاً للشافعي في منعه أصل البيع[5] لقوله عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾[6] ولأنه مرئي[7] محزور ومعلوم بالعادة مقدر في غالب الحال فجاز بيعه وإن لم يعلم حقيقة وزنه كالجزاف.

فصل[14. في عدم جواز شراء تراب الصاغة]

ولا يجوز شراء تراب الصاغة خلافاً لمن أجازه[8]؛ لأنه غرر إذ لا يعلم هل فيه شيء أم لا ولو علم أن فيها شيئاً لم يظهر ولم يعلم قدره ولا حرزه، وذلك غرر مجهول[9].

---

(1) في (م): مما.
(2) في (ق): ولا يحق.
(3) انظر: التفريع: (159/2)، الكافي: (ص: 304-307).
(4) انظر: التفريع: (159/2)، الكافي: (ص: 306- 309).
(5) انظر: المهذب: (274/2).
(6) سورة البقرة، الآية: (275).
(7) في (م): مروى.
(8) قال ابن أبي موسى في "الإرشاد" بجوار ذلك وهو قول مالك؟ وروي عن الحسن والنخعي وربيعة والليث (المغني: 65/4).
(9) وذلك غرر مجهول: سقطت من (م).

باب: بيع الغرر

بيع الغرر[1] غير جائز[2] لنهيه ﷺ عنه[3]، والغرر يكون بوجوه: منها الجهل بجنس المبيع كقولك: بعتك ما في كمي أو صندوقي أو كفي[4] ويجوز أن يكون في كمه جوزة أو لوزة[5] أو بيضة، ويجوز أن يكون فيه درة أو ياقوتة.

ومنها الجهل بصفة المبيع وإن عرف جنسه مثل أن يسلم إليه في عبد أو ثوب ولا يذكر نوعه ولا صفته، ومن هذا الباب بيع الساج[6] في جرابه والثوب المطوى، فإذا عرف جنسه وصفته جاز وخرج عن الغرر، ومنه بيع الملامسة والمنابذة التي[7] نهى رسول الله -ﷺ- عنه[8] وبيع الحصاة[9]، والملامسة أن يجب البيع بلمس الرجل الثوب وإن لم يبينه ولا عرف ما فيه، والمنابذة أن ينبذ الرجل ثوبه إلى الآخر[10] وينبذ الآخر ثوبه إليه، فيجب البيع بينهما بذلك من غير أن ينشر الثوبين ويقفا[11] على ذرعهما وكذلك

---

(1) **بيع الغرر**: أصل الغرر النقصان من قول العرب غارت الناقة إذا نقص لبنها، واصطلاحاً قال ابن عرفة: الغرر ما تردد بين السلامة والعطب (انظر: غرر المقالة ص: 212)، حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع (ص: 253).

(2) انظر: الموطأ: (253/2)، التفريع: (165/2)، الرسالة: (ص: 212)، الكافى: (ص: 330-331).

(3) سبق تخريج الحديث.

(4) أو صندوقي أو كفي: سقطت من (م).

(5) أو لوزة: سقطت من (ق).

(6) الساج: الطيلسان المقور الضخم الغليظ (المصباح المنير ص: 293).

(7) في (م): الذي.

(8) أخرجه البخاري في البيوع، باب: بيع الملامسة: (25/3)، ومسلم في البيوع، باب: إبطال بيع الملامسة والمنابذة: (1151/3).

(9) أخرجه مسلم في البيوع، باب: بطلان بيع الحصاة: (1153/3).

(10) في (ق): ثوبا الآخر.

(11) في (م): أو بنيا.

بيع الحصاة كانوا في الجاهلية إذا أعجب الرجل الثوب ترك عليه حصاة فيجب البيع بذلك ولا يكون له رد سواء وجده[1] صحيحاً أو معيباً، وقيل: كان الرجل يسوم بالثوب وبيده حصاة فيقول لصاحبه: إذا سقطت هذه الحصاة من يدي فقد وجب البيع، هذه البيوع من بيوع الجاهلية.

ومن بيع الغرر المزابنة: وهو بيع معلوم بمجهول من جنس أو مجهول بمجهول[2] من جنس وقد بيناها، فإن كان ذلك مما فيه الربا حرم؛ لأجل التفاضل وإن كان مما لا ربا فيه كان خطراً أو قماراً إلا أن يتبين[3] الفضل، فيجوز لأنه يخرج حينئذ عن التخاطر[4]، ومن الخطر أن يبيعه جزافاً يعلم كيله ولا يعلمه به فيدخل المبتاع على ذلك.

ومن أنواع الغرر ما لا يقدر على تسليمه كالآبق[5] والضالة والمغصوب والطير في الهواء والسمك في الماء وكل هذا لا يجوز بيعه؛ لأنه لا يقدر على تسليمه ثم لا يخلو أن تكون صفة البيع معلومة لهما أو مجهولة، فإن كانت معلومة والغرر من وجه واحد وهو العجز عن التسليم إلا أن يباع الآبق والضالة ممن قد[6] وجدهما وحصلا تحت قبضته، والمغصوب من غاصبه ولم يبعد عداهما من مالكها أو يثبت عنده بقاؤهما[7] على صفاتها أو عرف ما انتقلا إليه فيجوز حينئذ بيعة لهما وإن كانت صفاتهما غير معلومة للمالك دخل بيعهما الغرر من وجهين: الجهل والعجز عن التسليم.

---

(1) في (م): أصابه.
(2) بمجهول: سقطت من (ق).
(3) في (م): يتيقن.
(4) في (ق): المخاطر.
(5) الآبق: الهارب (غرر المقالة ص: 218).
(6) قد: سقطت من (ق).
(7) بقاؤهما: سقطت من (م).

ومن هذا الباب بيع الأجنة واستثناؤها وبيع حبل[1] الحبلة وهو نتاج ما تنتج الناقة والمضامين وهو ما في ظهور الفحول، فهذا يجمع الأمرين الجهل بالمبيع والعجز عن التسليم.

ومنه أيضاً التسليم على أجل لا يوجد فيه المسلم فيه فيعجز المسلم إليه عن تسليمه.

ومن وجوه الغرر الجهل بالثمن، إما في جنسه أو في مقداره[2] أو أجله، وكذلك في المثمون[3] ، فأما في الجنس فمثل أن يبيعه بما يحكم به زيد أو يسميه عمرو أو يقع في يده[4] من رقاع يكتب فيها عدة أثمان أو يخرج به السهم في قرعة، أو ما أشبه ذلك في المقدار مثل ما يخرج به سعر اليوم وما يبيع به فلان متاعه، وفي الأجل نحو قدوم زيد وزفاف[5] عمرو وموت فلان وما أشبه ذلك.

ومن هذا الباب بيعتان في بيعة: وصفته أن يبيعه هذا الثوب إما بعشرة نقداً أو بخمسة عشر إلى أجل على أنه قد وجب بأحد الثمنين، فأما إن كان[6] على أنه إن رضي أجاز[7] وإن لم يرض رد ولم يجب[8]، فذلك جائز؛ لأن العقد لم يجب فلا يحصل غرر، وقد يقع على وجوه أُخَرْ.

ومن الغرر بيع اللحم في جلده والحنطة في تِبنها[9]، وما أشبه ذلك من وجوه الغرر، وما لا ترجى سلامته كالمريض في سياقه وما لا يدري هل يسلم

---

(1) حبل: سقطت من (م).
(2) في (ق): إما جنسه أو مقداره.
(3) في (م): المثمن.
(4) في (ق): أو برقاع، وفي (ر): أو ما يضع.
(5) في (ق): وفاة.
(6) إن كان: سقطت من (م).
(7) في (م): جاز.
(8) ولم يجب: سقطت من (م).
(9) في (م): في بيتها.

أم يتلف ولا أمارة على ذلك تغلب على الظن معها سلامته مثل بيع الثمار قبل بدو صلاحها، وأبواب الغرر كثيرة وقد نبهنا بقدر ما ذكرناه منها ما أهملناه، ولا خلاف أن يسيره لا يمنع صحة البيع وإن ما تدعو الحاجة إليه منه معفو عنه وأن[1] الذي يمنع ما زاد على ذلك.

فصل[1. في بيع الأعمى وشرائه]

يجوز بيع الأعمى وشراؤه[2] خلافاً للشافعي[3]، وذلك عن كان يعرف ما يوصف له وسواء كان بصيراً فعمى أو ولد أعمى لقوله تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ﴾[4] وقياساً على البصير بعلل[5] إما لأن كل من جاز تسليمه[6] جاز بيعه للأعيان، أو لأن كل من صح[7] أن يوكل في البيع صح أن يليه بنفسه.

فصل[2. في منع بيع الإنسان على بيع أخيه]

لا يجوز بيع الإنسان على بيع أخيه، وذلك إذا أركن إليه وقرب اتفاقهما على تقدير[8] الثمن ولم يبق إلا العقد أو قريب منه، فأما إن كان في أول الغرض وابتداء السوم قبل التقدير والركون فلا بأس والقول فيه[9]، وفي فسخه إن وقع كالقول في النكاح وقد بيناه.

---

(1) في (ق): ولأن.
(2) انظر: الكافي: (ص: 360).
(3) انظر: مختصر المزني (ص: 88)، الإقناع (ص: 98).
(4) سورة البقرة، الآية: 275.
(5) بعلل: سقطت من (ق).
(6) في (م): سلمه.
(7) في (م): جاز.
(8) في (ق): تقرير.
(9) انظر: الموطأ: (684/2)، التفريع: (166/2)، الرسالة: (ص:218).

فصل[3. في بيع النجش]

بيع النجش غير جائز[1] وصفته: أن يزيد التاجر في الثمن لا لنفسه بل ليغر غيره فينزل[2] على مزايدته، فهذا لا يجوز لنهيه ﷺ[3]، وإن وقع فسخ خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[4]؛ لأن النهي يقتضي على الفساد، ولأن فيه مضرة على الناس وإفساد لمعايشهم لأن من عادة الناس أن يركنوا إلى زيادة التاجر ويعتقدوا أنها تساوي ما يبذلونه فيها، وذلك فساد وضرر فوجب فسخه.

فصل[4. في تلقي السلع وبيع الحاضر للبادي]

ولا يجوز تلقي السلع قبل أن تورد الأسواق[5] لنهي النبي ﷺ: عن ذلك[6]، وفائدته ألاّ لا يستبد الأقوياء بها دون الضعفاء ومن لا قدرة له على مشاركتهم، وإذا ثبت المنع منه فمن فعل ذلك خُيِّر بقية أهل الأسواق في أن يشاركوه فيما اشتراه أو يتركوه له.

ولا يبيع حاضر لباد[7] لأن النبي ﷺ: نهي عن ذلك وقال: "دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض"[8]، وفائدة ذلك أن فيه إضراراً بالناس لأن أهل[9] البادية لا يعرفون الأسعار ويضر بهم بيع ما يجلبونه بالرخص كما يضر بأهل الحضر شراؤه بالغلاء لأن أهل الحضر لا يصلون إليه إلا بعوض

---

(1) انظر: الموطأ: (684/2)، التفريع: (167/2)، الكافي: (ص: 365).

(2) في (ق): فيزيد.

(3) أخرجه البخاري في البيوع، باب: لا يبع على بيع أخيه: (24/3)، ومسلم في البيوع ، باب: تحريم بيع الحاضر للباد: (1155/3).

(4) انظر: مختصر القدوري - مع شرح الميداني: (29/2-30)، مختصر المزني (ص: 88).

(5) انظر: التفريع: (167/2)، الكافي: (ص: 367).

(6) هذا جزء من حديث نهيه ﷺ: عن النجش الذي سبق تخريجه قريباً.

(7) انظر: التفريع: (167/2)، الكافي: (ص: 367).

(8) أخرجه البخاري في البيوع، باب: لا يبع على بيع أخيه: (24/3)، ومسلم في البيوع ، باب: تحريم بيع الحاضر للباد: (1157/3).

(9) أهل: سقطت من (م).

وأموال أهل البدو[1] جلها من المباح الذي يؤخذ بغير عوض فيجب أن يقدم النظر لأهل الحضر عليهم، فإذا باع لهم السماسرة والتجار باعوا بالأسعار الغالية والأثمان المستوفاة فأضر ذلك بالحاضرة[2].

وإذا ثبت منع ذلك فقيل: يفسخ إن وقع، وقيل: لا يفسخ، فوجه الفسخ عقوبة لفاعله للنظر العام، ولأن قصده قطع أرزاق الناس، ووجه الإمضاء فلأن الفساد منتف عنه من جهة العقد أو المعقود عليه، وإنما هو لحق الآدميين على وجه الرفق والإعانة، فأما أن يكون قطع حق آدمي متعين فلا، وإما الشراء لهم فقال: مالك لا بأس به اعتبارا بالشراء لغيرهم لأن الحاضر يعرف ثمن ما يبيعه فلا يستضر بمن يشترى منه الحاضر للبادي بخلاف البيع لهم، وقال بعض أصحابه: لا يشتري لهم وهو والبيع سواء، ووجه هذا أنهم لا يعرفون الأسعار فيبذلون فيما يشترونه أكثر مما يبذلونه إذا تولى لهم التجار فيضر بالحاضرة كالبيع لهم.

فصل[5.في التسعير]

التسعير[3] على أهل الأسواق غير جائز[4]؛ لأن الناس مالكون لأموالهم والتصرف فيها فلا يجبرون على بيعها إلا بما يختارونه، ولأن النبي ﷺ: امتنع من التسعير لما سئل فيه فقيل له: لو سعرت لنا، فقال: "إن الله هو القابض الباسط والمغلي والمرخص، وإني لأرجو أن ألقى الله وليس لأحد منكم عندي مظلمة ظلمته إياها في عرض ولا مال"[5].

---

(1) في (م): البادية.

(2) في (م): بالحاضر.

(3) التسعير عرفه ابن عرفة بقوله: "تحديد حاكم السوق لبائع المأكول فيه قدراً للمبيع بدرهم معلوم" (حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع ص: 258).

(4) انظر: الموطأ: (651/2)، التفريع: (168/2)، الكافي: (ص: 360).

(5) أخرجه أبو داود في الإجازة، باب: التسعير: (731/3)، وابن ماجه في التجارات، باب: من كره أن يسعر: (741/2)، والترمذي في البيوع، باب: بعدما جاء في المحابرة: (606/3) وقال: حسن صحيح.

فإذا ثبت ذلك فالذي يخاف ضرره بعقد التسعير هو الزيادة فيه وهذا يمكن حسمه بأن يقال لمن يحط السعر: إما أن تلحق بالناس، وإما أن تنصرف، ومثاله أن يكون بيع الناس مثلاً للخبز عشرة أرطال بدرهم فيبتدئ هو البيع على ثمانية فيقال له: إنا لا نسعر عليك ولا يلزمك البيع بما لا تختار، ولكن نأمرك بأن لا تضر بالناس تغلي[1] الأثمان زيادة على بيع غيرك لئلا يقتدي الباقون بك فيضر ذلك بالناس، فإما بعه على بيعهم وإلا أزلنا الإضرار عن الناس[2] بصرفك عنهم، وقد روي: أن عمر -رضي الله عنه- قال لحاطب بن أبي بلتعة مثل ذلك[3].

فصل [6. في الحكرة]

الحكرة[4] إذا أضرت بأهل البلد ممنوعة في كل ما بهم حاجة إليه وضرورة إلى شرائه وكثرته، سواء كان طعاماً أو ثياباً أو أي شيء كان من أنواع الأموال[5]، والأصل في منعها قوله صلى الله عليه وسلم: "لا يحتكر إلا خاطئ"[6]، وروي: "المتربصون بالطعام هم الآثمون"[7]، وروي: أن عمر رضي الله عنه خرج إلى المسجد فرأى طعاماً منشوراً فقال: ما هذا؟ قالوا: طعام جلب إلينا، قال: بارك الله فيه وفيمن جلبه، قالوا: إنه قد احتكره فلان وفلان فدعاهما فقالا له: نشترى بأموالنا ونبيع، فقال: سمعت رسول الله -صلى الله عليه وسلم- يقول: "من احتكر على المسلمين طعامهم ضربه الله بإفلاس أو جذام"[8]، وهذا هو في البلدان

---

(1) في (م): بأن تقل.
(2) في (ق): بالناس.
(3) أخرجه مالك في الموطأ: (651/2)، وعبد الرزاق: (207/8).
(4) الحكرة: هو رصد الأسواق أي انتظار الأسواق، أي انتظار ارتفاع الأثمان (انظر مواهب الجليل: 4/227-228).
(5) انظر: الموطأ: (651/2)، التفريع: (168/2)، الكافي: (ص: 360).
(6) أخرجه مسلم في البيوع، باب: تحريم الإحتكار في الأقوات: (1227/30).
(7) أخرجه عبد الرزاق: (204/8)، بلفظ قريب منه وهو: "لا يحتكر إلا الخوانون أي الخاطئون الآثمون".
(8) أخرجه ابن ماجه في التجارات، باب: الحكرة والجلب: (729/2)، وإسناده صحيح ورجاله موثقون (مجمع الزوائد).

الصغار الذين يَضُرُّ بهم الاحتكار، فأما البلدان[1] الكبار والأمصار الواسعة التي يكثر إليها الجلب ويتسع الحمل والتجهيز فلا بأس، لأن ذلك غير مضر بهم غالباً إلا أن يتفق[2] في بعض الأوقات غلاء أو شدة ويؤدي ذلك إلى الإضرار بالناس فيمنع حينئذ.

فصل[7. في عدم التعرض لمن جلب طعاما وعدم جبره على بيعه...]

لا يعرض لمن جلب طعاماً أو غيره إلى بلد ولا يجبر على بيعه ولا يمنع من اختزانه[3] وحكرته؛ لأنه لم يضر بالناس ولا غلى عليهم سعراً ولا استبد بشيء كان يجب أن يساويهم فيه، بل في منعه من ذلك إضرار به وافتيات عليه؛ لأنه إنما تكلَّف جلبه وسافر في تخليصه[4] ليبقيه لنفسه، فليس لأحد اعتراض عليه فيه، وقد روي عن عمر[5] أنه قال: من جلب طعاماً على عمود ظهره، فذلك ضيف عمر يبيعه كيف شاء ويذهب به حيث شاء[6].

فصل[8. بيع العربان]

بيع العربان منهيٌّ عنه إذا وقع على صفة دون صفته، وصفته الممنوعة أن يشتري الرجل السلعة بثمن معلوم أو يكتري دابة بكراء معلوم وينقد من ذلك شيئاً ليسكن البائع أو المكري إليه على أنه إن رضي إمضاء[7] البيع أو الكراء وينقد بقيته وإن كره لم يرجع بما نقده[8].

(1) البلدان: سقطت من (م).
(2) في (م): ينفق.
(3) في (م): من حابه.
(4) في (م): تحصيله.
(5) في (ق): ابن عمر.
(6) أخرجه عبد الرزاق: (206/8).
(7) في (م): أمضى.
(8) انظر: الموطأ: (609/2-610)، التفريع: (168/2)، الكافي: (ص: 366).

وإنما قلنا إنه ممنوع،؛ لنهيه ﷺ عن بيع العربان[1]، ولأنه من أكل المال بالباطل لأنه يذهب بغير عوض ولا على وجه الهبة والصدقة، وإنما هو ضرب من القمار.

ووقوعه على الصفة الجائزة[2]، فهو أن يجعل العربان على يد غير البائع وعلى يده مختوما لئلا ينتفع به ثم يرده إن كره المشتري فيكون بيعاً وسلفاً، فإذا ختم عليه زال ما يخاف[3] من ذلك ثم ينظر: فإن اختار الإمضاء احتسب به من الثمن أو الأجرة إن كان كراء، وإن كره استرجعه، فهذا جائز لأنه ليس فيه ما يقتضي المنع.

فصل[9. بيع الدين بالدين]

الدين بالدين[4] ممنوع[5] لنهيه ﷺ عن الكالئ بالكالئ[6] وهو الدين بالدين، وذلك إذا كان من الطرفين مثل أن يحل له سلف من عروض على رجل فيجعلها ثمناً لشيء آخر من سلم ينتقل إليه أو أن يسلم إليه في شيء بثمن معلوم ديناً في ذمة المسلم للمسلم إليه، فهذا كله ممنوع.

فأما فسخ الدين إذا حلَّ في عين بتأخر قبضها وتكون مضمونة على بائعها فمنعه مالك وابن القاسم وأجازه أشهب وغيره وذلك كثمرة يجتنيها أو سلعة غائبة أو دار يسكنها مدة أو ما أشبه ذلك، فوجه المنع أنه مفسوخ

---

(1) أخرجه مالك: (609/2)، وأبو داود في ا البيوع، باب: العربان: (283/3)، وابن ماجه في التجارات، باب: بيع العربان: (738/2)، وأحمد: (183/2)

(2) الجائزة: سقطت من (ق).

(3) في (م): يخافه.

(4) قال ابن عرفة: هو بيع شيء في ذمة بشيء في ذمة أخرى غير سابق تقرر أحدهما على الآخر (الرصاع علي ابن عرفة ص: 252).

(5) انظر: التفريع: (69/2)، الرسالة: (ص: 217)، الكافي: (ص: 364).

(6) أخرجه الدارقطني: (71/3)، والحاكم: (57/2)، وقال صحيح على شرط مسلم، غير أن الحافظ ابن حجر نبه على خطأ الحاكم في ذلك وقال: وفي إسناده موسى بن عبيدة، وهو متروك (الدراية: (157/2))، كما أخرج الحديث البيهقي: (290/5)، والبزار وابن أبي شيبة وعبد الرزاق وغيرهم.

فيما لا يتنجز وما هو في ضمان الغريم، فأشبه أن يفسخ شيء في الذمة، ووجه الجواز أنه فسخ الدين في عين كالمقبوض.

فصل[10. فيما لا يجوز في الدين إلى أجل وهو ما يعرف بضع وتعجل]

الوضع على التعجيل ممنوع منه [1] وصفته أن يكون على رجل دين لم يحل[2] فيقول لصاحبه: نأخذ بعضه معجلاً وتبرئني من الباقي، فهذا غير جائز لأمرين: أحدهما أنه يدخله الربا إن كان في ذهب أو فضة أو طعام أو ما يحرم التفاضل فيه، والآخر: انه قرض يجر نفعاً[3]، وروي ذلك عن ابن عمر وزيد ابن ثابت[4]، وهو إجماع الصحابة، وكذلك إذا عجَّل له بعضه قبل الأجل على إن أخره بالباقي زيادة على الأجل الأول؛ لأنه ترك ذلك الأجل للتعجيل[5].

فصل[11. في تصرف الفضولي]

إذا باع ملك غيره بغير إذنه انعقد البيع ووقف على إجازة المالك أو رده[6]، وكذلك إذا اشترى له بغير إذنه[7]، وفرق أبو حنيفة بينهما فأجاز في البيع ومنعه في الشراء[8]، ومنعه الشافعي[9] في الموضعين[10]. فدليلنا على الشافعي حديث حكيم بن حزام[11] وعروة البارقي[12]: أن النبي-ﷺ- دفع

---

(1) انظر: المدونة: (3/190-194)، التفريع: (2/169)، الرسالة: (ص: 213)، الكافي: (ص: 324-325).
(2) أي: لم يحن وقت سداد الدين.
(3) في (م): منفعة.
(4) انظر: المغني: (4/57).
(5) في (م): للتعجل.
(6) أورده: سقطت من (م).
(7) انظر: التفريع: (2/318)، الكافي: (ص: 395-396).
(8) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 82-83)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (2/18).
(9) انظر: الأم: (3/15-16)، الإقناع (ص: 91-92).
(10) في (م): الوجهين.
(11) **حكيم بن حزام**: بن خويلد بن أسد بن عبد العزي، الأسدي، أبو خالد المكي ابن أخي خديجة أم المؤمنين، أسلم يوم الفتح وصحب، كان عالماً بالنسب، مات سنة أربع وخمسين أو بعدها (تقريب التهذيب، (ص: 176)).
(12) **عروة البارقي**: بن الجعد، ويقال: ابن أبي الجعد وقيل اسم ابيه عياض، صحابي، سكن الكوفة، وهو أول قاضي بها (تقريب التهذيب، (ص: 389)).

إليه ديناراً ليبتاع له شاة، فابتاع شاة ثم باعها بدينارين فابتاع بأحدهما شاة وجاء بالدينار الآخر إلى النبي ﷺ فأخذه وبارك له في صفقته[1]، ولأنه عقد تمليك يفتقر إلى الإجازة، فجاز أن يقع موقوفاً عليها كالوصية، ولأنه تمليك لملك الغير بغير إذنه[2]، كالتصدق باللقطة.

ودليلنا على أبي حنيفة: أن القبول أحد طرفي العقد فجاز أن يقف العقد[3] على إمضائه كالإيجاب.

فصل[12. فيمن اشترى عبداً نصرانياً]

إذا اشترى عبداً نصرانياً جاز أن يبيعه من نصراني لأنه مساوٍ له في الدين كبيع المسلم من المسلم.

فصل[13. إذا اشترى نصراني عبداً مسلماً]

إذا اشترى نصرانيٌّ عبداً مسلماً ففيها روايتان: إحداهما أنه لا يصح ويفسخ والأخرى أن العقد يقع ويجبر على بيعه.

فوجه الأولى: أن كل معنى إذا طرأ على ما يملكه النصراني قطع استدامته في حق المسلم، فإذا وجد ابتداء منع العقد أصله النكاح إذا أسلمت تحته منع ذلك استدامة نكاحه[4]، وكذلك وجود الإسلام يمنع ابتداء عقده[5] عليها كذلك العقد على الرقبة.

---

(1) أما حديث عروة، فقد أخرجه البخاري في المناقب، باب: (4،187/28)، وحديث حكيم فقد أخرجه أبو داود في البيوع في المضارب يخالف: (679/3)، وابن ماجه في الصدقات باب: الأمين يتجر فيربح: (803/2)،والترمذي في البيوع، باب: (3،550/34)، وفي إسناده سعيد بن زيد أخو حماد مختلف فيه (انظر: تلخيص الحبير: 5/3).

(2) بغير إذنه: سقطت من (ق).

(3) العقد: سقطت من (ق).

(4) في (م): استدامته نكاح.

(5) في (ق): العقد.

ووجه الثانية: أنه قد ثبت له عليه ملك بوجه وهو أن يسلم في ملكه فيباع عليه، وإذا كان كذلك لم يفسخ عقده عليه وبيع عليه أصله إسلامه في ملكه.

فصل[14. في بيع الكلاب]

اختلف أصحابنا في بيع ما أذن في اتخاذه من الكلاب، فمنهم من قال: يكره، ومنهم من قال: يحرم[1].

ووجه الجواز ما روي: أنه ﷺ نهى عن ثمن الكلب إلا كلب صيد أو زرع أو ماشية[2]، ولأنه جارح يصاد به كالبازى.

ووجه الحظر نهيه ﷺ عن ثمن الكلب؛ ولأنه حيوان منهى عن اتخاذه إلا للضرورة كالسباع، وعلى من قتله قيمته لصاحبه خلافاً (للشافعي[3] لأنه حيوان يصح الانتفاع به والوصية به كالخيل والبغال، ولأنه بهيمة يجوز الاصطياد جبها كالبازى)[4].

فصل[15. في عدم جواز بيع الزيت النجس والعذرة]

لا يجوز بيع الزيت النجس ولا العذرة للتزبيل[5]؛ لأنها عين نجسة كالدم.

---

(1) انظر: الرسالة: (ص: 215) ، الكافى: (ص: 327)

(2) أخرجه البخاري في البيوع، ثمن الكلب: (43/3)، ومسلم في المساقاة، باب: تحريم ثمن الكلب: (1189/3)، وفيهما من غير الاستثناء، أما اللفظ الذي أورده المصنف فقد أخرجه الترمذي في البيوع، باب: ما جاء في ثمن الكلب: (578/3) عن أبي المهزم وهو متكلم فيه.

(3) ما بين قوسين: سقط من (م).

(4) انظر: الكافى: (ص: 327-328).

(5) التزبيل: هو تصليح الأرض بالزبل ونحوه حتى تجود الزراعة (المصباح المنير ص: 251).

باب: في الخيار

البيع جائز بشرط الخيار[1]؛ (لقوله ﷺ في حديث حبان: "واشترط الخيار ثلاثاً"[2])[3] وقوله ﷺ: "المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا إلا بيع الخيار"[4]، ولأن الإنسان يحتاج إلى تأمل ما يبتاعه ويختاره فجاز ذلك.

فصل[1. في جواز اشتراط الخيار من البائع والمشتري]

يجوز أن يشترطه البائع والمشترى؛ لقوله ﷺ "واشترط[5] الخيار ثلاثاً"[6] ولم يفرق، ولأن الخيار وضع للتأمل والاختبار وكل واحد منهما محتاج من ذلك إلى مثل ما يحتاج إليه الآخر، فجاز اشتراط كل واحد منهما له.

فصل[2.انفراد من اشترط الخيار بالفسخ دون الآخر]

فإن اشترطه أحدهما انفرد بالفسخ ولم يكن للآخر مقال معه، وإن اشترطاه معاً، فقد تعلق الحق بهما فلا يسقط حق أحدهما إلا بإسقاطه له، ولا يثبت البيع إلا باجتماعهما على إجازة أو رد، فإن اتفقا على إمضاء أو فسخ كان لهما وإن اختلفا فاختار أحدهما الرد والآخر الإمضاء، فالقول قول[7] المختار للرد؛ لأن مختار الإمضاء قد أسقط حقه من الفسخ وبقى حق الآخر ولا يسقط بإسقاط غيره له.

---

(1) انظر: المدونة: (223/3)، التفريع: (171/2)، الرسالة: (ص: 214)، الكافي: (ص: 343).
(2) أخرجه ابن ماجه في الأحكام، باب: الحجر على من يفسد ما له: (789/2)، وسنده حسن، وفي إسناده محمد بن إسحق وهو مدلس.
(3) ما بين قوسين: سقط من (م).
(4) أخرجه البخاري في البيوع، باب: كم يجوز الخيار: (17/3)، ومسلم في البيوع، باب: ثبوت خيار المجلس: (1163/3).
(5) في (م): والمشتري.
(6) سبق تخريج الحديث قريباً.
(7) قول: سقطت من (م).

فصل[3.في خيار المجلس]

خيار المجلس غير ثابت والعقد بالقول لازم[1] خلافاً للشافعي[2]؛ لقوله تعالى: ﴿ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ ﴾[3]؛ ولأنه عقد معاوضة كالنكاح؛ ولأن كل خيار كان من مقتضى العقد جاز أن يبقى بعد الافتراق كخيار العيب وكل خيار لا يثبت بعد الافتراق، فليس من مقتضى العقد كالخيار في إغلاء[4] الثمن ورخص؛ ولأنه لو كان ثابتاً بمقتضى العقد لم يصح وقوع العقد على وجه لا يتصور فيه، فكان لا يصح للأب أن يشترى لابنه من نفسه لأن مفارقة[5] الإنسان من نفسه لا تصح.

فصل[4.في وضع الخيار لتمام البيع واستقراره]

الخيار موضوع لتمام البيع واستقراره لا للفسخ، فإن اختار من له الخيار الإمضاء تَمَّ البيع وانبرم، وإن اختار الفسخ تبيَّنَّا أن الملك لم ينتقل إليه[6]، وإنه لم يزل على ملك البائع، وفي الحالتين فهو في الحكم على ملك البائع وتلفه منه ما لم يتقرر من المشتري إمضاء خلافاً لمن يقول: إنه وضع للفسخ[7] وأن الملك قد انتقل بنفس العقد؛ لأنه إيجاب لا يلزم البائع الثبوت عليه، فلم ينتقل الملك به على التجريد أصله إذا وجب ولم يقل للمشتري: قبلت، ولأن الإيجاب مع شرط الخيار غير محقق[8]؛ لأنه متعلق بشيء يقع في المستأنف، فالمشتري يقبل إيجاباً غير محقق فلم ينتقل به الملك.

---

(1) انظر: التفريع: (171/2)، الرسالة: (ص: 218)، الكافي: (ص: 343).
(2) انظر: الأم: (3/4-5)، الإقناع (ص: 91).
(3) سورة البمائدة، الآية: 1.
(4) في (م): غلاء.
(5) في (ق): مفاوضة.
(6) إليه: سقطت من (ق).
(7) يقول بذلك الحنابلة (انظر: مختصر الخرقي، (ص: 64)، المغني: (573/3)
(8) في (ق): مستحق و في (ر): متحقق.

فصل[5. في تصرف المالك في ملكه]

كل تصرف يفعله المالك في ملكه لا يحتاج إليه في اختيار[1] المبيع، فإنه يعد رضا ممن له الخيار ويكون من البائع فسخاً، ومن المشترى إمضاء وذلك كالوطء والتقبيل واللمس للذة وكالهبة والصدقة بالمبيع والإعتاق والتدبير والكتابة، واختلف في الإجارة والرهن والتسوم[2] بالسلعة[3]:

فعند ابن القاسم أنه اختيار لأنه تصرف من المالك لا يحتاج إليه في اختيار المبيع وليس باختيار عند أشهب؛ لأنه قد يفعل نيابة عن الغير، وتزويج الأمة اختيار وتزويج العبد وإسلامه في صنعه اختيار عند ابن القاسم وليست باختيار عند أشهب، وجناية الخطأ ليست باختيار وجناية العمد اختيار عند ابن القاسم وليست باختيار عند أشهب، والنظر في هذا كله مع ابن القاسم والاستخدام ليس باختبار لأنه اختيار.

فصل[6. في مدة الخيار]

مدة الخيار متعلقة بما يمكن اختيار[4] المشتري المبيع في مثله[5]، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قصرها ذلك على ثلاثة أيام[6]؛ (لقوله ﷺ: "لكل مسلم شرطه"[7]، وقوله: "إلا بيع الخيار"[8]، فأطلق، ولأنها مدة ملحقة بالعقد فجاز أن يكون أكثر من ثلاثة أيام)[9] كالآجال لأنها مدة يحتاج فيها على اختبار المبيع كالثلاثة، ولأن الخيار موضوع لتأمل المبيع واختياره والمبيعات مختلفة في ذلك وفي قصرها على مدة محصورة إبطال لفائدته.

---

(1) في (ر): اختبار.
(2) في (م): السوم.
(3) انظر: التفريع: (2/171 -173)، الكافي: (ص: 343)، المقدمات: (2/92).
(4) اختيار: سقطت من (م).
(5) انظر: المدونة: (3/238)، التفريع: (2/172)، الرسالة: (ص: 214)، الكافي: (ص: 343).
(6) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 57)، الإقناع (ص: 91).
(7) لم أعثرعلى تخريج لهذا الخبر؟ ولعله يريد حديث: "المسلمون عند شروطهم".
(8) سبق تخريج الحديث قريباً.
(9) ما بين قوسين: سقط من (ق).

فصل[7. إذا مات مشترط الخيار]

إذا مات مشترط الخيار من المتبايعين قام ورثته مقامه[1] خلافا لأبي حنيفة؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ﴾ [2] فعم، ولقوله ﷺ:"من ترك ملكاً وحقاً فلورثته"[3]، ولأنه خيار ثابت في عقد بيع كالخيار بالعيب، ولأن من ورث شيئاً ورثه بحقوقه كالدين بالرهن وخيار التعيين[4] والرد بالعيب، ولا يلزم عليه الوطء لأن ذلك لا يتصور فيه على وجه.

فصل[8. في اختلاف الورثة بين الإمضاء والفسخ]

إذا اختلف الورثة فأراد بعضهم الإمضاء وبعضهم الفسخ: فإما رضوا جميعاً، أو فسخوا؛ لأنهم يقومون مقام موروثهم، ولم يكن له تبعيض الصفقة.

فصل[9. في وراثة خيار الشرط أو الرؤية أو التعيين أو الرد بالعيب]

(لا فصل بين خيار الشرط، أو الرؤية أو التعيين أو الرد بالعيب في أن ذلك كله موروث)[5].

فصل[10. حكم التبايع على خيار رضا فلان]

يجوز أن يتبايعا ويشترطا أو أحدهما رضا فلان أو اختياره يوماً أو أياماً[6] خلافاً لأصحاب الشافعي[7]؛ لقوله ﷺ "واشترط الخيار ثلاثاً"[8] ولم يفرق، ولأن الخيار وضع لتأمل المبيع وحظ مشترطه، وقد لا يعرف ذلك فيشترطه لغيره ليُعرِّفه إياه.

---

(1) انظر: التفريع: (171/2)، الكافي: (ص: 344).
(2) سورة النساء، الآية: 12.
(3)أخرجه البخاري في الفرائض، باب: قول النبي ﷺ: "من ترك مالاً فلأهله": (5/8)، ومسلم في الفرائض، باب: من ترك مالاً فلورثته: (1234/3).
(4) في (م): خيار التعمير.
(5) سقط هذا الفصل كاملاً من (م).
(6) انظر: التفريع: (172/2)، الكافي: (ص: 343)، المقدمات: (89/2).
(7) انظر: المهذب: (258/1).
(8) سبق تخريج الحديث في الصفحة: (1042).

فصل [11. إذا ثبت الخيار لغير المتبايعين فهل يثبت مع ذلك لهما]

إذا ثبت[1] الخيار ويكون لمن اشترط له فهل يثبت (مع ذلك لمشترطه من المتبايعين أم لا؟ فيه خلاف[2] قال ابن القاسم: يثبت)[3] الخيار للأجنبي وللبائع إن كان هو الذي اشترطه[4]، فإن اختار الأجنبي رداً أو إجازة وأباه البائع فالقول للبائع، وإن كان المشتري هو الذي شرط للأجنبي الخيار لم يثبت إلا للأجنبي فقط ولم يكن للمشتري أن يخالف[5] عليه، وروى عنه أيضاً: أن لهما المخالفة عليه وهو قول ابن حبيب.

وإنما قلنا: إن شرط الخيار للأجنبي لا يلزم البائع لأنه لم يشترط له على وجه التمليك، ولكن على وجه تنبيهه[6] وإرساله؛ ولأن الخيار للأجنبي فرع على ثبوته للبائع فيمتنع أن يثبت الفرع وينتفي به أصله.

ووجه التفريق بين البائع والمشتري أن حال المشتري[7] أضعف؛ لأن الإيجاب لا يتعلق بصفة والقبول يتعلق بها، فجعل أمره على التمليك والنظر التسوية بينهما لأنهما متساويان في العقد وحقوقه، لا يختلف أصحابنا أن شرط مشاورة الأجنبي جائزة ولا يلزم المتبايعين لأنه اشترطها لا لغيره.

فصل[12. عدم اشتراط حضور العاقد الآخر عند الإمضاء أو الفسخ]

إذا اختار مشترط الخيار أن يختار[8] أو يفسخ فله حضر الآخر أم غاب[9] خلافا لأبي حنيفة في اشتراطه حضور صاحبه[10]؛ لقوله ﷺ في

---

(1) في (م): ثبت أن.
(2) انظر: التفريع: (172/2)، الكافي: (ص: 343)، المقدمات: (90/2-91).
(3) ما بين قوسين: سقط من (م).
(4) في(م): شرطه.
(5) في (م): يحلف.
(6) في (م): شبهة.
(7) أن حال المشترى: سقطت من (ق).
(8) في (م): أن يخير.
(9) انظر: الكافي: (ص: 343- 344).
(10) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 74- 75)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (14/2).

المصراة[1]: "فهو بخير النظرين: إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها"[2] ولم يفرق، ولأنه مختار[3] للفسخ مع بقاء مدة الخيار كما لو حضر صاحبه، ولأنه معنى ينقطع به خياره فلم يفتقر إلى رضا الآخر كالإجارة.

فصل[13.الخيار المطلق]

إذا اشترط الخيار ولم يضربا له مدة صح العقد وضرب للسلعة مدة تختبر[4] في مثلها[5] خلافاً لمن قال: إن البيع فاسد[6]؛ لأن الإطلاق محمول على العرف فيصير كالمشترط في البيع كالحمولة والنقد.

فصل[14.عدم جواز اشتراط النقد في بيع الخيار]

لا يجوز اشتراط النقد في بيع الخيار لا إلى أجل قريب و لا بعيد[7]؛ لأن ذلك يضارع البيع والسلف، يكون مرة ثمناً إن اختار المشتري الإمضاء ومرة سلفاً إن اختار الرد، فإذا ثبت منعه فاشتراطه يفسد البيع؛ لأنه شرط ينافي العقد كما لو شرط ألا يملكه، وإن لم يشترط وتبرع المشتري بالنقد جاز[8].

فصل[15. تلف المبيع في أيام الخيار]

تلف المبيع في أيام الخيار من البائع إن كان في يده أو في يد غيرهما[9]؛ لأنه على ملكه لم يدخل في ضمان المشتري، فإن تلف في يد المشتري فتلفه منه، وإن كان مما يغاب عليه لأنه قبضه لمنفعة نفسه وعلى وجه المبايعة دون

---

(1) **المصراة**: التصرية حقن باللبن في الثدي أياماً حتى يوهم ذلك أن الحيوان ذو لبن غزير (انظر: بداية المجتهد: (332/6)، ومواهب الجليل مع حاشية المواق: (437/4-439).

(2) أخرجه البخاري في البيوع، باب: النهي للبائع أن يحفل الإبل: (25/3)، ومسلم في البيوع، باب: تحريم بيع الرجل على بيع أخيه: (1155/3).

(3) في (م): محتاج.

(4) في (م): كثيرة.

(5) انظر: المدونة: (241/3)، التفريع: (172/2)، الكافي: (ص: 343).

(6) في أحد قولي الإمام أحمد (المغني: 589/3).

(7) انظر: المدونة: (238/3-239)، الرسالة: (ص: 214،) الكافي: (ص: 343).

(8) في (م): جائز.

(9) في (م) و (ر): غيره.

مجرد الأمانة، ولا يضمنه إن كان مما لا يغاب عليه لأن الظاهر أن هلاكه بغير صنعه، وأنه متعد بقبضه كالرهن[1].

فصل[16. اختلاط الثوبين الذين اشتراهما بالخيار]

إذا ابتاع من رجلين ثوبين بشرط الخيار فاختلطا ولم يتميز ألزمه البيع ولا خيار له[2] لأنه لا يصل إلى رد ملك أحدهما عليه، فكان كالتالف[3].

فصل[17. خيار الغبن]

اختلف أصحابنا في بيع السلعة بما لا يتغابن الناس بمثله مثل أن يشتري أو يبيع مما يساوي ألف بمائة، فمنهم من نفى أن يثبت الخيار لمغبون[4] منهما، ومنهم من قال: لا خيار إذا كانا من أهل الرشاد والبصر بتلك السلع، وإن كان أو أحدهما بخلاف فللمغبون الخيار[5].

فإذا قلنا: لا الخيار له فلأنه نقص في عين المعقود عليه كالقليل، ولأن المغبون مفرط لأنه كان يجب أن يوكل من يشتري له أو يبيع.

وإذا قلنا: له الخيار فلقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ ﴾[6]، وقوله ﷺ: "إذا بعت فقل لا خلابة"[7]، ونهيه عن إضاعة المال، وقوله: "لا ضرر ولا ضرار"[8]، ولأنه نوع من الغبن في الأثمان فجاز أن يتعلق به الخيار أصله تلقي الركبان، ولأنه نص بثمن المبيع[9]، والغبن فكان مؤثراً في الخيار كالعيب.

---

(1) انظر: المدونة: (233/3)، التفريع: (171/2-272)، الكافي: (ص: 344).
(2) انظر: المدونة: (233/3)، التفريع: (273/2)، الكافي: (ص: 344).
(3) في (م): كالمتلف.
(4) المغبون: هو المنقوص في الثمن.
(5) انظر: المدونة: (22/3)، الكافي: (ص: 361).
(6) سورة البقرة، الآية: 188.
(7) أخرجه البخاري في البيوع، باب: ما يكره من الخداع في البيع: (19/3)، ومسلم في البيوع، باب: من يخدع في البيع: (1165/3).
(8) أخرجه ابن ماجه في الأحكام، باب: من بنى في حقه ما يضر جاره: (783/2)، ومالك مرسلاً: (745/2)، وأحمد: (313/1-32/5).
(9) المبيع: سقطت من (م).

باب: في الغش والتدليس في البيوع

ومن أراد بيع سلعة له معيبة فعليه أن يبين ذلك ويُعلم المشتري به[1]؛ لأنه إن كتمه ذلك فقد غشه والغش ممنوع في الدين.

وإنما قلنا: إنه غش؛ لأن المشتري يدخل على مبيع سليم والبائع يعلم أنه لا يعلم بالعيب، وإنه لا يدري إذا علم به هل يرضى أم لا، فإذا كتمه فقد غشه (ولقوله ﷺ: "ولا تصروا الإبل والغنم"[2]، فنهى عن التصرية لأنها غش وتدليس لأن المشتري يظن أن ذلك قدر حلابها، (وروي أن رسول الله ﷺ)[3] مر برجل يبيع طعاماً فسأله كيف يبيع فأخبره فأومأ إليه أن أدخل يدك فيه، فأدخل يده، فإذا هو مبلول فقال ﷺ: "ليس منا من غش"[4].

فصل[1. صحة البيع الذي فيه غش]

إذا ثبت أن ذلك ممنوع فلا يمنع صحة البيع[5] خلافاً لمن ذهب إلى ذلك[6]؛ لحديث المصراة، وقوله: "من ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر"[7]، فأثبت له الخيار فدل أن العقد صحيح، ولأن العيب ليس فيه إلا أنه نقص من المبيع، وذلك لا يوجب الفساد كما لو اشترى رزمة على أن فيها عشرة أثواب فكانت تسعة.

---

(1) انظر: المدونة: (221/3)، التفريع: (173/2)، الرسالة: (ص: 212)، الكافي: (ص: 346).
(2) سبق تخريج الحديث.
(3) ما بين قوسين: سقط من (م).
(4) أخرجه مسلم في الإيمان باب: قول النبي ﷺ: "من غشنا فليس منا": (99/1).
(5) انظر: المدونة: (221/3)، التفريع: (173/2)، الرسالة: (ص: 212 –)213، الكافي: (ص: 346).
(6) وحكي عن أبي بكر عبد العزيز: أن البيع باطل، لأنه منهى عنه، والنهي يقتضى الفساد (المغني: 159/4)،
(7) سبق تخريج الحديث.

فصل[2. في أن العيب يثبت الخيار للمشتري]

إذا ثبت أن العيب لا يفسد العقد وإنه يوجب الخيار للمشتري في أن يردّ ويرجع بالثمن أو يمسك ولا شيء له ما دام[1] المبيع قائماً بحاله لم يفت ولم يتغير لقوله في حدث المصراة: "فمن ابتاعها فهو بخير النظرين"[2] فأثبتن له الخيار، ولأن المشتري إنما بذل الثمن ليحصل له المبيع سليماً، فإذا أصابه معيباً فلم يرض ببذل الثمن في معيب، فكان له رده، وإن اختار رد البيع والرجوع بالثمن، فذلك له إن اختار إمساكه والرجوع بأرش العيب حتى يحصل السلعة المعيبة[3] ببعض الثمن فليس ذلك له إلا برضى البائع.

وإنما قلنا ذلك لأن البائع دخل على أن يحصل له الثمن كله وتحصل السلعة للمشتري فلم يجبر على أن يحصل له بعض الثمن، ولأن المشترى لا يستحق الأرش على ألا يرد فلا يلزم المشتري إلا برضاه، (وفي حديث المصراة "إن رضيها أمسكها[4] وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر")[5] ولم يجعل له إمساكها مع أخذ الأرش.

فصل[3. إذا بذل البائع الأرش على ألا يرد]

وإذا بذل البائع الأرش على ألا يرد فلا يلزم المشتري إلا برضاه؛ لقوله ﷺ: "فهو بخير النظرين"[6]، فأثبت له الخيار، وذلك ينفي الإجبار على أحدهما، ولأنه يقول: إنما بذلت الثمن لتحصل لي سلعة سليمة كما أن البائع دخل على أن له كل الثمن.

---

(1) في (ق): فإذا.
(2) سبق تخريج الحديث.
(3) المعيبة: سقطت من (ق).
(4) ما بين قوسين: سقط من (م).
(5) سبق تخريج الحديث.
(6) سبق تخريج الحديث.

فصل[4. سقوط الخيار على مال]

وإنما قلنا: إن ذلك جائز مع تراضيهما خلافاً لمن منعه[1]؛ لأن هذا الخيار[2] قد سقط إلى مال لأن المبيع لو فات لكان للمبتاع الأرش فجاز إسقاطه الآن على مال كخيار القصاص، ولأن الجزء الفائت لما لم يعاوض عليه وجب له الرجوع بما قابله، فإذا تراضيا بذلك جاز، وكيفية الرجوع بالأرش أن ينظر إلى قيمة السلعة سليمة من العيب، فيقال: عشرون ديناراً فيقال: وكم تساوي مع العيب فيقال: ستة عشرة فيعلم أن العيب قد نقصها خمس قيمتها فيرجع على البائع بخمس الثمن؛ لأن ذلك في مقابلة الجزاء الفائت ولا يرجع بمقدار ما نقص من القيمة لأن المعاوضة إنما[3] كانت بالثمن لا بالقيمة، وهذا كله إذا كان المبيع قائماً بعينه لم يفت ببعض وجوه الفوت، فأما إن فات فليس له إلا أخذ الأرش لأن رده مع الفوت غير ممكن لأنه يوجب ألا يستبد المشتري بأخذ الثمن، وألا يرجع المبيع إلى البائع وذلك غير جائز ونحن نذكر وجوه الفوت.

فصل[5. إذا تصرف في المعيب بعد العلم بعيبه]

وهذا كله إذا لم يتصرف فيه بعد علمه بعيبه ولم يظهر منه بتركه، فإن تصرف فيه بعد العلم بالعيب مختاراً، فذلك رضا منه بعيبه فليس له رد، ولا أرش.

فصل[6. في التصرف المضطر إليه في المعيب]

وإن تصرف مضطراً مثل أن يشترى دابة معيبة ولم يظهر على عيبها إلا بعد أن سافر بها، فلما علم عيبها لم يرض وأراد ردها ولم يجد بُداً من ركوبها أو حمل متاعه عليها فعل ذلك مضطراً ففيها روايتان[4]:

---

(1) قال أبو حنيفة والشافعي: ليس له إلا الإمساك، أو الرد (انظر بدائع الصنائع: (2303/7).
(2) في (ر): عند مالك.
(3) في (ق): إذا.
(4) انظر المدونة: (294/3- 300)، التفريع: (174/2-175)، الكافي: (ص: 348).

إحداهما: أن ذلك مسقط لرده، والأخرى: أنه لا يسقطه، فوجه الأولى أنه تصرف مع العلم بالعيب كالتصرف مع الاختيار؛ ولأن ضرورته لا تمنع سقوط ردها إذا تعلق بذلك حق غيره لأنه إنما تصرف لحظ نفسه، ووجه الثانية أن المضطر في حكم المكره ولو تصرف مكرهاً لم يسقط خياره، فكذلك مع الاضطرار.

فصل[7. إذا ابتاع رجلان عبداً فوجدا به عيباً]

إذا ابتاع رجلان عبداً فوجدا به عيباً، فإن اتفقا على رد أو إمساك فذلك لهما، وإن أراد أحدهما الرد، والآخر: الإمساك، ففيها روايتان[1]:

إحداهما: أن لمن شاء منهما أن يرد وهو قول ابن القاسم، والأخرى: أنه لا يجب الرد مع اختلافهما وليس لهما تبعيض الصفقة على البائع وهو قول أشهب.

ووجه ثبوت الرد أنه بيع اجتمع[2] في أحد طرفيه عاقدان فلم يتعلق رد المعيب في حق أحدهما برده فوجب[3] في حق الآخر أصله إذا كان البائعان رجلين والمشترى واحداً، ولأنه مبتاع وجد بما ابتاعه عيباً فلم يرض به ولم يفت، فكان له رده من غير اعتبار بغيره[4] أصله إذا انفرد به، ولأن هذا العقد في حكم الصفقتين بدليل أن جملة الثمن معلومة في الجملة، وإن لم يعلم في حق كل واحد منهما ولو كان في حكم الصفقة الواحدة لم يصح.

ووجه سقوط الرد أن فيه تفريق الصفقة على البائع، وذلك إضرار به وخلاف لما دخل عليه، ولأنه رد لمبيع[5] وجب لجماعة من عقد بيع،

---

(1) انظر المدونة: (314/3).
(2) في (م): اجتماع.
(3) فوجب: سقط من (م).
(4) في (م): من غير.
(5) في (م): يمتنع.

فوجب أن لا يملك أحدهم رد ما يخصه إلا برد الباقين أصله إذا ابتاع بالخيار شيئاً، فمات فليس لورثته أن ينفرد أحدهم بالرد دون الآخرين.

فصل[8. إدعاء أن بالمبيع عيباً]

إذا ادعى المبتاع أن بالمبيع عيباً فلا يخلو من أحد أمرين:

إما أن يعلم بالمشاهدة كالقطع وغيره من النقص في البدن، أو أن لا يعلم بالمشاهدة كالسرقة والإباق والتزويج في العبد والأمة وما أشبه ذلك، فإن كان مما يعلم بالمشاهدة لزمه إيقاف البائع عليه ثم ينظر، فإن كان مثله لا يحدث عند المشتري ولا يكون إلا متقدماً على وقت الشراء فله الرد ولا مقال للبائع لأنه قد ثبت صدقه، فإن ادعى البائع عليه الرضا فله أن يحلفه على ذلك إن لم يقم له البينة به: إن حلف المشتري ثبت له الرد وإن نكل ردت اليمين على البائع، فإن حلف سقط عنه الرد، فإن نكل ثبت للمشتري، وإن لم يدَّع البائع على المشترى الرضا لم يكن له إحلافه ولزمه رد[1] بالثمن[2].

فصل[9. إذا كان العيب حادثاً]

فإن كان مثله حادثاً مما يعلم أنه لم يكن في ملك البائع وأنه لم يحدث إلا بعد البيع، فالقول قول البائع لأنه قد ثبت صدقه وكذب المشتري، فإن كان مما يمكن حدوثه[3] عند البائع، وحدوثه عند المشتري فالقول قول البائع مع يمينه لأن الأصل السلامة ولزم البيع والمشتري يدعي ثبوت خيار واستحقاق فلا يقبل ذلك منه إلا ببينة[4] وإلا حلف وسقط عنه الحكم، فإن نكل حلف[5] المشتري، ووجب له الرَّد، فإن نكل فلا شيء له وإن حلف رده

---

(1) رد: سقطت من (ق).
(2) انظر المدونة: (3/307-313)، التفريع: (2/173-177)، الكافي: (ص: 350).
(3) في (م): وجوده.
(4) في (م): بعينه.
(5) في (م): أحلف.

على البائع هذا إذا كان العيب مشاهداً، والأيمان هاهنا على البت دون العلم؛ لأنه يوصل إلى اليقين فيه.

فصل[10. إذا كان العيب لا يعلم بالمشاهدة]

وأما إن كان مما لا يعلم بالمشاهدة كالإباق والرقيق غيره، فلا يقبل من المشتري إلا ببينة، وإلا حلف البائع ثم كان الحكم على ما قدمناه.

فصل[11. إذا حدث عند المشتري عيب ثم ظهر عيباً كان عند البائع]

فإن لم يظهر المشتري على العيب حتى تصرف في البيع تصرفاً ينقص منه، أو حدث به عنده عيب آخر، فإن البائع لا يخلو أن يكون دلس أو لم يدلس:

فإن كان دلس للمشتري أن يطالبه بالأرش ويتمسك[1] بالسلعة أو يرد ويرجع بالثمن ولا شيء عليه فيما تصرف فيه أو حدث به عنده إلا أن يكون في حكم ذلك المتلف فيكون ذلك فوتاً وذلك مثل أن يشتري ثوباً معيباً[2]، فلا يعلم به حتى يقطعه قميصاً أو سراويلاً أو غير ذلك مما يستعمل في مثله فله أن يرده ولا شيء عليه ولو مزقه أو أتلفه بتصرف الناس بمثله لم يكن له الرد وكان له الأرش، وإن كان المبيع عبداً فتلف من ذلك العيب فللمبتاع الرجوع بالثمن ولا شيء عليه[3] من تلفه، فأما إن كان البائع لم يدلس فالمبتاع بالخيار، إن شاء أن يأخذ الأرش، وإن شاء أن يرد وما نقص[4].

---

(1) في (م):يمسك.
(2) معيباً: سقطت من (ق).
(3) عليه: سقطت من (ق).
(4) انظر المدونة: (294/3)، التفريع: (175/2- 176)، الكافي: (ص: 350 – 351).

فصل[12. دليل أن حدوث العيب عند المشتري لا يمنع الرد]

وإنما قلنا إن حدوث العيب عند المشتري لا يمنع الرد خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[1]، لأن البائع لم يوفه ما أوجب له العقد من سلامة المبيع، فكان له الرد إذا لم يرض بالإمساك أصله إذا لم يحدث عنده عيب، ولأن الرد أخذ نوعي الخيار الواجب للمشتري بالعقد فلم يمنعه حدوث العيب عنده كالإمساك وأخذ الأرش، ولأنه نقص حدث بالمبيع فلم يمنع رده مع أخذ أرشه أصله حُلب المصراة.

فصل[13. في دليل أنه يمسك ويرجع بالأرش]

وإنما قلنا: إن له أن يمسك ويرجع بالأرش خلافاً لمن قال: ليس له إلا أن يرد[2]، لأن الرَّد حق له والأرش حق له فلم يجبر[3] على أحدهما.

وإنما قلنا في التدليس: إن المشتري مخير إذا تصرف في المبيع تصرفاً يجوز مثله رده ولم يلزمه أرش لأن ذلك رضا من البائع لأنه لما كتم وهو يعلم أن المشتري يتصرف في المبيع، ولا يعد ذلك منه رضا لأنه تصرف عن غير علم بالعيب، كان راضياً به لأنه هو الذي سلطه عليه فلم يلزم المشتري أرش.

فصل[14. الرد يكون مع النقص]

وإنما قلنا: إنه إذا قطعه بما لا يقطع مثله لم يكن له رده إلا مع النقص؛ لأن البائع لم يسلطه على ذلك لأنه دخل على أن يتصرَّف فيه تصرف مثله المعهود، فإن تصرف فيه المشتري بمثل ما يتصرف في مثله فلا شيء عليه؛ لأن البائع سلطه عليه فإن خرج عن العادة لم يكن له رده إلا مع الأرش؛ لأن البائع لم يسلطه على ذلك ولا رضى به.

---

(1) مختصر القدوري مع شرح الميداني: (21/2)، الأم: (68/3).

(2) قاله أبو حنيفة والشافعي (انظر مختصر الطحاوي (ص: 77-80)، والمهذب: (1/ 283-284)، المغني: (162/4).

(3) في (ر): فلا يجبر.

فصل[15. إذا مات العبد من ذلك العيب]

وإنما قلنا: إن العبد إذا مات من ذلك العيب فلا شيء على المشتري، فلأن البائع قصد أخذ مال المشتري بغير حق؛ لأنه لم يوفه المبيع بل دفع إليه ما لم يعاوض عليه، فإذا لم يرضه لم يلزمه تلفه لأنه على ملك البائع حتى يعلم رضا المشتري.

فصل[16. ليس للمبتاع رد المبيع إذا لم يدلس البائع]

وإنما قلنا: إن البائع إذا لم يدلس فليس للمبتاع رد المبيع إذا تصرف فيه إلا مع الأرش لأن البائع لم يسلطه على التصرف[1] ولا رضي به فلم يلزمه قبوله إلا مع الأرش، وسواء في ذلك إذا كان لم يعلم بالعيب أو كان علم به وأنسيه.

فصل[17. إذا وجد بالمبيع عيبان]

وإذا وجد بالمبيع عيبان: أحدهما يعلم أنه قبل المبيع، والآخر يمكن [2] فيه الأمرين، فالرد للمشتري، بالأول واليمين عليه؛ لأن الآخر لم يحدث عنده لأنه لم يكن[3] مدعى عليه استحقاق الأرش.

فصل[18. الفوت الذي يصيب العبد من موت وزمانه وهرم غيره]

موت العبد وزمانته وهرمه الذي لا يبقى معه انتفاع به وعتقه وتدبيره وكتابته واستيلاد الأمة على ذلك فوت والأصل فيه أن كل ما يتعذر معه الرد فوت وكل هذا إتلاف منه مشاهدة ومنه من طريق الحكم، فأما البيع[4]، ففيه ثلاث[5] روايات:

---

(1) ما بين قوسين: سقط من (ق).
(2) في (م):ممكن.
(3) في (م):يكون.
(4) في (م):المبيع.
(5) انظر المدونة: (3/297-300)، التفريع: (2/174-176)، الكافي: (ص: 348)، المقدمات: (2/109).

إحداهما[1]: أنه فوت ويرجع بالأرش على البائع وإن كان المشتري لم ينقص في الثمن كان له الأرش، فإن كان قد نقص فالبائع الأول بالخيار إذا اختار أن يعطيه الأرش أو يكمل له رأس ماله.

والثانية: أنه لا شيء له إلا أن يرده[2] الثاني أو يرجع إليه بشراء أو هبة أو غير ذلك وما لم يرجع إليه أو يرده الثاني فلا شيء له على الأول.

والثالثة: إنه إن كان نقَص لأجل العيب رجع بقدر ما[3] نقص على البائع، وإن لم ينقص فلا شيء له إلا أن يرجع إليه.

فوجه الأولى: أن المبيع إخراج له عن الملك، فكان فوتاً كالعتق والصدقة، وإنما قلنا: إنه إن كان قد نقص فالبائع الأول مخير بين إعطائه الأرش وتكميل رأس المال، لأن ردَّه غير ممكن، والذي يلزم البائع تخليصه من العيب بأي الأمرين شاء ورجحنا في التخيير؛ لأن جنبته أقوى بتعذر الرد.

ووجه الثانية: وهي أنه لا شيء له إلا أن يرد عليه أو يرجع إليه أن الرد غير ميئوس منه، فلم يكن فوتاً كالرهن والعارية، فإن عاد إليه كان له ردُّه لإمكان الرد بعد عوده.

ووجه الثالثة: أنه إذا لم ينقص فلإطلاقه بينه وبين البائع ولا سيما[4] مع تعذر الرد، والأقيس[5] من هذا كله أن يكون له الأرش لأن البائع لم يوفه ما أوجب له العقد بالجزء[6]، الفائت عنده.

---

(1) في (م):أحدها.
(2) في (ق): يزده.
(3) في (ق): بما.
(4) في (م): وسيما.
(5) في (ق): وإلا فليس.
(6) في (م):بالجزاء.

فصل[19. في حكم الإباق]

الإباق فوت[1] خلافاً للشافعي[2]؛ لأن رده يتعذر معه ويجعله في حكم الميئوس منه، ولأن الإباق يوجب له القيمة في العيب وكذلك يجب أن يكون له الأرش في العيب.

فصل[20. في وطء المشتري للثيب]

وطء المشتري للثيب لا يمنع الرد ولا يوجب عوضاً[3] خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إنه يمنع الرد[4]؛ لأن الفوت هو تلف المبيع أو تغير بدنه أو عينه[5]، أو أن يعقد عليه عقداً يخرجه عن الملك لا سبيل إلى رده وكل هذا معدوم؛ لأنه استمتاع كالقُبلة والوطء فيما دون الفرج، ولأنها وطئت في ملك المبتاع كوطء الزوج والإكراه، وخلافاً لابن أبي ليلى في قوله: إنه يردها ومعها مهر المثل[6]؛ لأنه وطء ملك فلم يستحق عليه عوض به أصله إذا فاتت، ولأنه لم ينقص شيئاً منها كالاستخدام.

فصل[21. في وطء المشتري للبكر]

وطء البكر لا يمنع الرد خلافاً للشافعي[7]؛ لما بيناه أن حدوث العيب لا يمنع الرد وليس الافتضاض بأكثر من قطع بعض الأعضاء، وإذا ثبت أن له أن يرد، فإنه يردها وما نقصها كسائر العيوب.

---

(1) انظر: التفريع: (2/165-166)، الكافي: (ص: 347 – 363)، المقدمات: (2/75).
(2) انظر: مختصر المزني (ص: 87)، الإقناع (ص: 91- 92).
(3) انظر التفريع: (2/174-175)، الكافي: (ص: 347 - 348).
(4) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 80).
(5) في (م): أو عيبته.
(6) انظر المغني: (4/163-164).
(7) انظر: الأم: (3/68)، مختصر المزني: (ص: 83)

فصل[22. وجوب الرد للمشتري إذا كان المبيع على حاله]

قد بينا أن الرد واجب[1] للمشتري إذا كان المبيع على حاله[2] لم ينم في يد المشتري ولا نقص ولا تغير عن[3] صفته، وسواء دلَّس به البائع أو نسيه، وبينا أنه إذا حدث به عيب عنده، فإن ذلك لا يمنع الرد ويرد معه ما نقصه العيب، فأما إذا نمى فإنه لا يخلو النماء أن يكون منفعة أو عيباً، فإن كان المنفعة مثل استخدام العبد وسكنى الدار أو إجارتها أو ركوب الدابة وما أشبه ذلك، فإن هذا لا يمنع الرد بالعيب ولا شيء على المشتري فيما استعمل أو استعان ولا يلزمه رد شيء لأجله لأن هذا خراج والخراج به الضمان.

والأصل فيه ما روى ابن أبي ذئب عن مخلد بن خفاف[4] أنه ابتاع غلاماً فاستعمله ثم وجد به عيباً فقضى له عمر بن عبد العزيز بردِّه وغلته، فأخبره عروة عن عائشة أن النبي ﷺ: قضى في مثل هذا أن الخراج بالضمان[5] فرد[6] عمر قضاه وقضى لمخلد بردِّه الخراج إليه ولا خلاف في ذلك أعلمه.

فصل[23. الرد إذا كان النماء عيناً]

فأما إن كان النماء عيناً فإنه يختلف، أما ولادة الأَمَة ونتاج الماشية، فإنما ترد مع الأمهات وثمرة النخل بخلاف ذلك يرد أصل النخل ولا يرد الثمرة، (وقال أبو حنيفة: الولادة والنتاج والثمرة يبطل الرد ويوجب الأرش[7]؛ لأن

---

(1) في (ق): أوجب.
(2) في (م):حال.
(3) عن: سقطت من (ق).
(4) **مخلد بن خفاف**: ابن إيماء بن رخصة الغفاري، لأبيه وجده صحبة، ذكره ابن حبان في الثقات، وقال ابن وضاح: مخلد مدني ثقة (تقريب التهذيب: 10/74-75).
(5) سبق تخريج الحديث.
(6) في (ق): مودة.
(7) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 80-81)، مختصر القدوري- مع شرح الميداني: (21/2).

هذه الأشياء عنده عيوب وحدوث العيب يمنع على أصله الرد) [1]، وقال الشافعي: يرد الأصل وحده في ذلك كله ولا يرد الفرع[2].

فدليلنا على أبي حنيفة: أنه نماء يحدث في يد المشتري بعد العقد، فلم يمنع الرد بالعيب أصله الغلة والكسب؛ ولأن أكثر ما فيه أن يكون عيباً وقد بينا أن العيب[3] لا يمنع الرد، ولأنهم قد وافقونا أن العبد إذا أفاد عند المشتري مالاً[4] بهبة أو التقاط أو ركاز، فإن ذلك لا يمنع الرد بعيب إذا وجد به، وكذلك ولادة الأَمَة؛ لأنه لو كان منفعة لم يمنع الرد، فكذلك إذا كان عيباً كنماء العبد.

ودليلنا على الشافعي في قوله: إن الولد لا يرد أن الأصول موضوعة على كل حكم لزم في رقبة الأم، فإن الولد يتبعها فيه كولد أم الولد والمكاتبة والمدبرة والمعتقة إلى أجل وقد ثبت أن حكم الرد لازم في رقبة هذه الأم المبيعة من وقت البيع، فيجب أن يكون ما يحدث من ولد وحكمه حكمها فيه لأنه حدث بعد استقرار وجوب الرد، ولا يشبه الثمرة إذا حدثت عنده لأنها خراج وغلة؛ لأنها ليست كخلق الأصل، والولد ليس بخراج فإن كانت الثمرة في النخل وقت الشراء ردها مع الأصل.

فصل[24. في بيع الأصول وفيها الثمر، وبيع العبد له المال]

إذا ابتاع أصل النخل وفيها ثمر، فإن كان لم تؤبر فهو مبتاع، وإذا أراد رد الأصل كان حكمه حكم ما حدث عنده، فإن كان قد أبر لزمه أن يرده مع

(1) ما بين قوسين: سقط من هنا، ثم ورد بعد قول الشافعي في (م).
(2) انظر: مختصر المزني (ص: 86-87)، الإقناع (ص: 94).
(3) في (م):أنه.
(4) مالاً: سقطت من (م).

الأصل عند ابن القاسم لأنه إذا أبر فليس بيع[1] بل كان واجباً للبائع إلا أنه جعل للمبتاع اشتراطه رفقاً به فسقط حق الثمر[2].

وعند أشهب لا ترد الثمرة مع الأصل أبرت أو لم تؤبر؛ لأنه بيع[3] وغلة، فإن كان المشتري قد سقاها وأنفق عليها لزم البائع أن يعطيه ذلك كما لو سقاها أجنبي هذا إذا كانت الثمرة[4] قائمة، فأما إن كانت الثمرة[5] قد فاتت نظر، فإن كان بغير فعل منه فله أن يرد الأصل ولا شيء عليه كولد الأمة الحادث بعد العقد إذا مات، ومال العبد مشترط معه إذا تلف أن له أن يرد الأَمَة والعبد ولا شيء عليه، وإن أتلفها هو بأكل أو بيع فإنه يرد مثل مكيلتها عند مالك لأنها قد أخذت قسطها[6] من الثمن، وله أجر السقي والعلاج؛ لأنها كملت بسقيه..

وعند أشهب أنها غلة لا ترجع[7] مع الأصل اعتباراً بما لم يؤبر، فأما إذا ابتاع غنماً فجزَّ أصوافها فينظر: فإن[8] كان حين ابتاعها كان ليها صوف تام فجزَّه فإنه يرده معها لأنه قد دخل في البيع، وإن كان حدث عنده فليس عليه أن يرده معها سواء كان بيده أو قد فات، هذا كله على قول ابن القاسم.

فأما أشهب فإنه يقول: لا يرد ذلك سواء كان موجوداً يوم الصفقة أو حدث بعدها؛ لأنه تبع[9] ولغو، فأما الألبان والسمون فإنها للمبتاع؛ لأنها

(1) في (ق): يبيع.
(2) في (م):الثمن.
(3) في (م): بيع.
(4) الثمرة: سقطت من (ق).
(5) الثمرة: سقطت من (م).
(6) في (م):قسطاً.
(7) في (م):لا ترد.
(8) كان: سقطت من (م).
(9) في (م):ببيع.

غلة فإن كان موجوداً يوم العقد لم يلزم شيء إذا رد عند ابن القاسم وأشهب لأنه بيع غير مقصود[1] بالبيع، وإذا ابتاع عبداً وشرط ماله رده معه في العيب وليس له انتزاعه؛ لأنه ليس بغلة ولا خراج، وإن تلف عنده فلا شيء عليه وحكم ما أفاد من مال عند المشتري ما كان معه يوم العقد[2].

فصل[25. العيوب التي توجب الرد]

الذي يوجب الرد من العيوب: كل عيب ينقص الثمن، ويؤثر نقصاً في المبيع، أو يخاف عاقبته، وذلك كالجنون والجذام والبرص والعنين والخصاء والإفضاء[3] والدفر[4] وبياض الشعر والبخر[5] والإباق والزنا والسرقة وما أشبه ذلك[6]، ومنه ما يختص بالرائعة والمرادة للوطء كالحمل وغيره مما ذكرناه.

ومنه ما يعم كالجنون وغيره بحسب ما يعلم من العادة فيما تراد له الجارية أنه يؤثر فيه ويتقص الثمن لأجله أم لا، فأما عدم الخفاض فعيب في رقيق العرب؛ لأن العادة أنهم يخفضون وليس بعيب في رقيق العجم لأنه يعلم أنهم لا يفعلونه وهذا مما يخص[7].

فصل[26. إذا زال العيب بعد العقد وقبل علم المشتري]

إذا زال العيب بعد العقد وقبل علم المشتري نظر: فإن كان مما تتقى عاقبته فله رد العبد به، وذلك كالزوجة في العبد والزوج في الأمة، فإن الطلاق لا يسقط الرد فيهما، وكذلك ما أشبهه مما لا يؤمن عوده أو ضرره،

---

(1) في (م):معقود.
(2) في جملة هذه الأحكام انظر:المدونة: (265/3)، التفريع: (146/2و217- 218)، الكافي: (ص 335-336).
(3) الإفضاء: هو أن يكون مسلك البول والحيض واحد (انظر الصحاح: 2455/6).
(4) الدفر-بالدال المهملة-: نتن الإبط وكذلك الأنف (المعجم الوسيط: 218/1).
(5) البخر: نتن الفم (المعجم الوسيط: 40/1).
(6) انظر: التفريع: (176/2)، الكافي: (ص: 348- 349).
(7) في (ق):يختص.

وأما ما يؤمن ذلك فيه، فإذا زال فلا رد له كالدين إذا قضاه، ولم يكن في [سفه] [1].

(1) طمس في (ق) و(م).

باب: في عهدة الرقيق[1]

إذا اشترى عبداً أو أمة فعهدته ثلاثة أيام بلياليها، فما أصابه فيها من حدث فمن البائع وإن شاء المشتري أخذه[2] بعيبه بجميع الثمن له ذلك ثم له عهدة السنة بعد عهدة الثلاث من ثلاثة أدواء وهي: الجنون والجذام والبرص، فما حدث به من ذلك في السنة فالخيار للمشتري[3] في إمساكه أو رده فإن تلف منها كان من البائع[4]، وهذا لما كان أهل المدينة يجرون أمرهم عليه واشترطوها في إبلهم ثم يبيتوا عليه[5]؛ ولذلك قال مالك: لا يحمل عليها الأمصار إلا أن يشترطوها[6]، والكلام فيها إنما هو على تقدير بقاء ذلك اليوم بالمدينة ولو كان العرف جارياً به في بلادنا.

وقال أبو حنيفة والشافعي: كل عيب حدث بعد قبض المشتري، أي عيب كان فهو منه[7]، ودليلنا ما روى الحسن عن عقبة بن عامر قال: قال رسول الله ﷺ: "عهدة الرقيق ثلاثة أيام"[8]، وروى قتادة عن الحسن عن النبي -ﷺ-: "لا عهدة بعد أربع"[9]، ولأن ذلك إجماع أهل المدينة نقلاً؛

---

(1) **عهدة الرقيق**: هي بيع الرقيق على أن ضمانه في الثلاث من بائعه ولو بالسماوي (الفواكه الدواني (ص 91).

(2) في (م):أجازه.

(3) في (م):المشتريه.

(4) انظر: الموطأ: (612/2)، المدونة: (333/3)، التفريع: (177/2)، الرسالة: (ص 216)، الكافى: (ص 352).

(5) حكى عمل أهل المدينة: المنتقى: (173/4)، البيان والتحصيل: (348/8)، ترتيب المدارك (28/1).

(6) الموطأ: (612/2).

(7) انظر: المبسوط: (93/13)، المهذب: (258/1).

(8) أخرجه أبو داود في البيوع، باب: في عهدة الرقيق: (776/3)، وابن ماجه في التجارات، باب: عهدة الرقيق: (754/4)، وأحمد: (152/4)، والحاكم (21/2)، والحديث رواه الحسن واختلف عليه فيه، فمرة قال عن سمرة، ومرة قال عن عقبة (مجمع الزوائد: 110/3).

(9) أخرجه ابن ماجه في التجارات، باب: عهدة الرقيق: (754/2)، وأبو داود في البيوع، باب: في عهدة الرقيق: (776/3)، والبيهقي: (323/5)، وأحمد: (152/4)، والحديث مختلف فيه أيضاً (مجمع الزوائد: 110/4).

لأن عمر بن الخطاب ﵁ حكم في العهدة فقال: ما أجد لكم شيئاً أوسع مما جعل النبي[1] -ﷺ- لحبان بن منقذ، فإنه جعل له عهدة ثلاثة أيام فيما اشترى إن رضي أخذه وإن سخط ترك[2].

وقال محمد بن يحي بن حبان[3]:ما جعل ابن الزبيرعهدة الرقيق ثلاثة أيام إلا لقول رسول الله ﷺ لمنقذ بن عمر[4]: "وأنت بالخيار ثلاثاً"[5]، وروى مالك عن عبد الله بن أبي بكر[6]: أن إبان بن عثمان[7]، وهشام بن إسماعيل[8] كانا يذكران في خطبتهما عهدة الرقيق في الثلاثة الأيام من حين يشترى العبد أو الوليدة[9]، وهو قول عمر بن عبد العزيز وأبي الزناد[10]، والزهري ورووه عن المشيخة السبعة[11]، فأما عهدة السنة من الأدواء الثلاثة، وإنها تكمن في البدن فتظهر في السنة، فإذا ظهرت قبل كمال السنة علم أن أصلها كان عند البائع، وإذا حدثت بعده علم أنها حدثت في ملك المشتري.

---

(1) في (م): رسول الله.

(2) أخرجه البيهقي: (274/5)، وتفرد بهذا الخبر ابن لهيعة.

(3) محمد بن يحي بن حبان: بفتح المهملة وتشديد الموحدة، ابن منقد الأنصاري، المدني، ثقة، فقيه من الرابعة، مات سنة إحدى وعشرين ومائة (تقريب التهذيب: ص: 512).

(4) والحديث ورد في: حبان بن منقذ، وليس منقذ بن عمرو كما جاء في متن الكتاب.

(5) أخرجه الحاكم: (22/2)، والبيهقي في المعرفة، والدار قطني: (54/3).

(6) عبد الله بن أبي بكر: بن محمد بن عمرو بن حزم الأنصاري المدني، ثقة من الخامسة، مات سنة خمس وثلاثين ومائة (تقريب التهذيب: ص: 297).

(7) **إبان بن عثمان بن عفان الأموي، أبو سعيد**، وقيل: أبو عبد الله المدني، ثقة من الثالثة، مات سنة خمس ومائة (تقريب التهذيب: (ص: 87)).

(8) **هشام بن إسماعيل الدمشقي**: العطار أبو عبد الله، الزاهد، القدوة، ثقة، توفى سنة سبع عشر ومائتين (العبر:372/1).

(9) الموطأ: (612/2).

(10) **أبو زناد**: عبد الله بن ذكوان القريشي، أبو عبد الرحمن، المدني، المعروف بأبي الزناد، ثقة، فقيه من الخامسة، مات سنة ثلاثين ومائة وقيل: بعدها (تقريب التهذيب: ص: 302).

(11) يريد بذلك الفقهاء السبعة وهم: سعيد بن المسيب، وعروة بن الزبير، والقاسم بن محمد، وخارجة بن زيد، وعبيد الله، وسليمان بن يسار، وأبو سلمة (انظر: الجواهر المضيّة: (548/4)).

فصل[1. البيع بشرط البراءة]

اختلف قول مالك في البيع بشرط البراءة[1] فعنه فيه ثلاث روايات [2]:

إحداها: أنه جائز ويبرأ من كل عيب لم يعلمه، ولا يبرأ مما علمه وكتمه واشترط البراءة منه، وهذا في الرقيق دون غيره من الحيوان والعروض، وهذه الرواية هي المعتبرة وعليها النظر.

والثانية: أن ذلك جائز في الرقيق وسائر الحيوان.

والثالثة: أن بيع البراءة غير نافع ولا يبرأ إلا مما[3] يقف المشتري عليه ويريه إياه.

فوجه القول بأن شرط البراءة جائز قوله تعالى: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾[4]؛ ولأن ابن عمر باع غلاماً له بثمان مائة درهم بالبراءة فقال المبتاع: به عيب لم تسمه، فقال ابن عمر: "بعت بالبراءة فاختصما إلى عثمان فقضى عليه أن يحلف لقد باعه العبد وما به داء يعلمه"[5]، موضع الدليل[6]، أن ابن عمر باع بالبراءة ولم ينكر عليه عثمان، وإنما رأى البراءة مع العلم بالعيب لا ينفع[7]، ولم يخالف عليه أحد، ولا يدخل عليه العروض لأنا اعتللنا للجواز في الجملة.

---

(1) البيع بشرط البراءة: عرفها ابن عرفة بقوله: ترك القيام بعيب قديم، وقال ابن أبي زمنين: ترك القيام بكل عيب (انظر: حدود بن عرفة مع شرح الرصاع: (272/4 - 273).

(2) انظر: الموطأ: (613/2)، المدونة: (335-337)، التفريع: (179/2)، الكافي: (ص: 349).

(3) في (ق): أن.

(4) سورة المائدة، الآية: 1.

(5) انظر: الموطأ: (613/2).

(6) ما بين قوسين: سقط من (ق).

(7) في (م): لا تقع.

فصل[2. في عدم البراءة مما علم من العيوب]

ودليلنا على أنه لا يبرأ مما علم خلافاً لأبي حنيفة[1]؛ لقوله "إذا بعت فقل لا خلابة"[2]، وهذا موجود في مسألتنا، وما رويناه من حديث عثمان وابن عمر، ولأنه عيب وجد بالمبيع لم يوجد رضا به ولا إبراء لبائعه على أنه عالم به، فلم يلزم المشتري أصله إذا لم يشترط البراءة منه.

فصل[3. وجه التفرقة بين الرقيق وغيره]

ووجه التفرقة بين الرقيق وغيره من الحيوان: أن الرقيق يقدرون على إخفاء ما بهم من العيوب وكتمانه، فلا يصل المالك إلى علم ذلك فجَوَّز له البيع بالبراءة للأمارة الدالة على صدقه في عدم علمه بعيب إن كان به وسائر الحيوان بخلافهم؛ لأنه لا قدرة فيها[3]، على كتم عيوبها، فالبائع والمشتري يتساويان في ذلك، فلم يجز له البيع بالبراءة إلا ما يسميه له.

ووجه التسوية بينهما: أن العيب قد يخفى ويستتر في الحيوان، فلا يكاد يقف عليه إلا أهل الطب والبياطرة، فجاز للمالك بيع البهيمة بشرط البراءة كجوازه في الرقيق.

ووجه قوله: أن شرط البراءة لا يبرأ مما يوجد فيها بعد نهيه ﷺ عن بيع الغرر[4]؛ وهذا منه، ولأنه شرط البراءة معنى يرتفق به أحد المتعاقدين فلا يصح مع الجهالة وإمكان التحرز في الغالب أصله الأجل؛ ولأن منع ذلك حسم للباب، ولأنه إذا وجد بالمبيع عيب أمكن أن يكون عالماً به فيجحد فيصير ذلك طريقاً إلى نفوذ حكم التدليس على المشتري وإلزامه إياه والأول أصح.

---

(1) انظر: مختصر الطحاوي (ص:81)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (2/20-21).

(2) سبق تخريج الحديث.

(3) في (م): فيهم.

(4) سبق تخريج الحديث.

فصل[4. في اشتراط البراءة من الحمل]

شرط البراءة من الحمل جائز عندنا في الوخش[1] والتي لا تراد للوطء وغير جائز في المرتفعات[2] إلا في الحمل الظاهر[3]، والفرق أن ذلك في المرتفعات غرر؛ لأن الأمة المرتفعة المتخذة للتسري المرغوب فيها للحسن والجمال ينقص الحمل ثمنها ويضعها وضعاً بيناً وربما أتى على معظم قيمتها، فإذا لم يكن ظاهراً فإن البائع والمشتري يدخلان على غرر ظاهر[4]؛ لأنها إن لم تكن حاملاً فقد وضع البائع حقه خيفة[5] أن تكون حاملاً، وإن كانت حاملاً فالمشتري قد دفع الثمن رجاء أن لا تكون حاملاً وكل ذلك غرر، ولأن السنة مع الجواز[6] على المواضعة، وعليه مضى السلف: إذا ظهر الحمل زال الغرر ودخل كل واحد على بصيرة وعلم ما يزيد في الثمن وينقصه، ولأنه لا موضع حينئذ للمواضعة، فأما الوخش فإن الحمل لا يضع منهن ولا يبطل شيئاً من أثمانهن بل لعله يزيد فيها، فجاز شرطه البراءة منه لقلة الغرر فيه.

فصل[5. في كون العبد يملك]

العبد يملك عندنا[7] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[8]، لقوله تعالى ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلۡأَيَٰمَىٰ مِنكُمۡ وَٱلصَّٰلِحِينَ مِنۡ عِبَادِكُمۡ وَإِمَآئِكُمۡۚ إِن يَكُونُواْ فُقَرَآءَ يُغۡنِهِمُ ٱللَّهُ مِن فَضۡلِهِۦ﴾[9]، والفقر والغنى من صفات المالكين لأن من يصح عليه

---

(1) الوخش: هي الدنية وصغار ورذالة الرقيق (انظر المصباح المنير ص: 652).
(2) المرتفعة: هي الجارية التي تراد للنكاح.
(3) انظر: المدونة: (336/3)، الكافى: (ص: 349).
(4) ظاهر: سقطت من (م).
(5) خيفة: سقطت من (م).
(6) في (ق): بيع الجواري وهو خطأ.
(7) انظر التفريع: (179/2)، الكافى: (ص: 336).
(8) انظر: المهذب: (1/ 267).
(9) سورة النور، الآية: 32.

الملك لا يصح وصفه بالغنى ولا بالفقر[1]، وقوله: ﴿أَوَلَمْ يَرَوْاْ أَنَّا خَلَقْنَا لَهُم مِّمَّا عَمِلَتْ أَيْدِينَآ أَنْعَـٰمًا فَهُمْ لَهَا مَـٰلِكُونَ﴾[2]، فالمقصد من هذا التنبيه على الصانع تعالى وعمومه الحر والعبد كما أن التنبيه عام فيهما، ولقوله ﷺ "من باع عبداً وله مال"[3]، وهذه لام التمليك، فهي محمولة على حقيقتها، ولأنه آدمي حي كالحر، ولأن الرق حال من أحوال الآدمي الحي فصح أن يملك معها كالحرية، ولأن المملوكات ضربان: أعيان، ومنافع، وقد ثبت أن العبد يملك المنافع كوطء زوجته وغير ذلك، فكذلك الأعيان، ولأن من صح بأن يملك في حال صح أن يملك في كل حال اعتباراً بالحر عكسه البهائم لما لم يصح أن تملك في حال لم يصح أن تملك في كل حال.

فصل[6. في أن ملك العبد ناقص غير تام]

إذا ثبت أنه[4] يملك فإن ملكه ناقص غير تام ولا مستقر ليس له أن يتصرف فيه إلا بإذن سيده، ولسيده انتزاعه منه ما لم يتعلق به حق الغير على ما نذكره في باب المأذون.

فإن باعه السيد وله مال: فإن شرطه المبتاع لكان للعبد بالشرط، وإن سكت عن ذكره فهو للبائع، لقوله ﷺ "من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع"[5]، وسواء كان عيناً أو عرضاً، ثم يكون المشتري فيها كالبائع إن شاء أقره في يده وإن شاء انتزعه، وله أن يطأ بملك اليمين إذا وهبه السيد أمة أو أذن له في ابتياعها.

---

(1) في (م): والفقر.
(2) سورة يس، الآية: 71.
(3) أخرجه البخاري في المساقاة والشرب، باب: الرجل يكون له مصر: (81/3)، ومسلم في البيوع باب: من باع نخلاً عليها ثمر (1173/3).
(4) انظر: الموطأ: (611/2)، التفريع: (179/2)، الرسالة: (ص: 218)، الكافي: (ص: 336).
(5) سبق تخريج الحديث قريباً.

فصل[7. مال العبد المعتق]

ومال العبد تابع له في العتق[1]، إلا أن يشترطه المالك؛ لقوله ﷺ "من أعتق عبداً فماله له إلا أن يستثنيه سيده"[2]، فاختلف عنه في الوصية والهبة فعنه فيه روايتان[3]:

إحداهما: أنه للواهب، والأخرى: أنه تابع للعبد، وإنما اختلف ذلك لاختلاف التعليل في البيع والعتق:

فمن أصحابنا من علل البيع بأنه عقد معاوضة، فلذلك كان مالك العبد لمن خرج عن ملكه وعلل العتق بأنه إخراج الملك من غير عوض، فلذلك كان مال العبد تابعاً له، فعلى هذا يجب أن يكون في الوصية والهبة المال للعبد دون الموصي والواهب، لأنه خروج مالك من غير عوض كالعتق، ومنهم من علل البيع بأنه خروج ملك إلى مالك (والعتق بأنه خروج ملك إلى غير مالك)[4]، فعلى هذا لا يكون في الهبة والوصية تابعاً للعبد؛ لأنه خروج ملك إلى مالك.

---

(1) في (م): بالعتق.

(2) سبق تخريج الحديث قريباً.

(3) انظر: الموطأ: (612/2)، الرسالة: (ص: 18).

(4) ما بين قوسين: سقط من (م).

باب: التفرقة في البيع بين الأمة وولدها

لا يجوز التفريقة بين الأمة[1] وولدها في البيع، ويفسخ ذلك إن وقع[2] خلافاً لأبي حنيفة[3]؛ لقوله ﷺ: "لا توله والدة عن ولدها"[4]، وقوله ﷺ: "من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته[5] يوم القيامة"[6]؛ ولأنه بيع منع منه لحق الله تعالى في أحكام المبيع، فكان باطلاً أصله بيع الخمر.

فصل[1. في وقت جواز التفرقة بين الأمة وولدها]

فإن أجاب المشتري إلى الجمع بينهما فلا يجوز البيع أيضاً؛ لأن المنع من ذلك لحق الله تعالى فلا يسقط بإسقاط الآدمي، وفي حد التفرقة روايتان الإثغار[7]، لأنه يستقل عن ذلك بنفسه ولا يستضر بفراق أمه كالاحتلام؛ والأخرى البلوغ؛ لأنها حال صغر اعتباراً بما قبل الأثغار.

فصل[2. في التفرقة بين الأب وولده]

ويفرق بينه وبين الأب؛ لأنه لا يستضر الطفل بمفارقة الأب كاستضراره بمفارقة الأم، ولأن الأم أولى بذلك لأن حق الحضانة يثبت لها دون الأب.

---

(1) في (ق): الأم.
(2) انظر: الموطأ: (616/2)، التفريع: (179/2).
(3) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 85)، مختصر القدوري - مع شرح الميداني: (30/2-31).
(4) أخرجه البيهقي: حديث أبي بكر بسند ضعيف، وأبو عبيد في غريب الحديث من مرسل الزهري، ورواية عنه ضعيف والطبراني، وابن عدي (تلخيص الحبير: 15/3).
(5) في (ق): من أحبه.
(6) أخرجه الترمذي في البيوع، باب: في كراهية الفرق بين الأخوين أو بين الوالدة وولدها في البيع: (580/3)، وأحمد: (413/5)، والدارقطني (67/3)، والحاكم (55/2)، وقال: صحيح على شرط مسلم.
(7) الإثغار: هو إنبات الأسنان (لسان العرب: 103/4).

فصل[3. في عدم التفريق بين الأمة المسبيّة وبين ولدها]

لا يفرق بين الأمة المسبيّة وبين ولدها؛ لعموم الأخبار؛ ولأن المعنى في المسبيّة وغيرها سواء، ويقبل قولها في أنه ولدها؛ لأنه لا ضرر عليها في ذلك إلا في التوارث فلا يقبل.

باب: التصرية

التصرية عيب وتدليس إذا قصد به البائع التدليس، والمصراة هي: الشاة أو الناقة أو البقرة يجمع اللبن في ضرعها ليعظم[1] فيظن المشتري إذا حلبها أن ذلك قدر حلابها، والتصرية في اللغة الجمع، يقال: صريت الماء في الحوض إذا جمعته[2]، ومنه قوله تعالى: ﴿ فَأَقْبَلَتِ ٱمْرَأَتُهُۥ فِى صَرَّةٍ ﴾[3]، قيل: جمع من النساء[4]، فمن ابتاع مصراة ثم علم بذلك بحلابها فهو بالخيار إن شاء أمسكها بعيبها، وإن شاء ردها ورد صاعاً من تمر للبن الذي حلبه منها[5]، وقال أبو حنيفة: ليست التصرية بعيب، ولا يثبت بها حق رد، واللبن الذي في الضرع لا قسط له من الثمن[6].

ودليلنا أنها عيب قوله ﷺ: "لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو خير النظرين بعد أن يحلبها إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر"[7]، ففيه أدلة: أحدها أنه نهى عنه، فدل على أنها تدليس، والثاني: أنه أثبت للمبتاع الخيار، والثالث: أنه أوجب عليه إذا ردها صاعاً من تمر، وعندهم لا يجب، وفيه دليل على أن اللبن يأخذ قسطاً من الثمن، ولأن قيمة الشاة التي تحلب عشرة أرطال أكثر من قيمة الشاة التي تحلب

---

(1) ليعظم: سقطت من (ق).
(2) قال ابن فارس: الصاد والراء والحرف المعتل أصل واحد صحيح يدل على الجمع، يقال: صرى الماء يصريه إذا جمعه (معجم مقاييس اللغة: 346/2).
(3) سورة الذاريات، الآية: 29.
(4) انظر: أحكام القرآن – القرطبي: (46/17).
(5) انظر المدونة: (287/3)، المقدمات: (102/2)، الكافي: (ص: 346).
(6) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 79).
(7) سبق تخريج الحديث.

خمسة أرطال، والرغبة في إحداهما أزيد فصارت التصرية تدليساً[1] بالعيب، فكان للمشتري أن يرد، ولم يمنعه الحلب من الرد كما لو ابتاع ثوباً، وقد دلس البائع فيه فلم يعلم حتى قطعه لكان له الرد.

فصل[1. في البيع الفاسد]

إذا ابتاع شيئاً بيعاً فاسداً فسخ البيع ورد الثمن على المبتاع: فإن تلف في البائع فتلفه منه لأنه على ملكه لم ينتقل عنه، فإن قبضه المبتاع وتلف في يده فضمانه منه؛ لأنه لم يقبضه على الأمانة، وإنما قبضه لشبهة العقد فضمنه، فإن كان مما له مثل ضمنه بمثله، وإن كان مما لا مثل له ضمنه بقيمة يوم القبض لا يوم العقد؛ لأنه لم يضمنه بالعقد فيعتبر يوم العقد، وإنما يضمن يوم العقد ما يكون عقده صحيحاً لا فاسداً، وإن كان المبتاع استغله[2] واستخدمه لم يلزمه شيء لذلك؛ لأن الضمان منه فكان الخراج له، والعتق فوت؛ لأنه لا يمكن رده معه، لأنه ينفذ في شبهة العقد كنفوذه في العقد الصحيح لقوته وتغليبه، وحوالة الأسواق فوت لأن فيه ضرراً على البائع، أن تؤخذ السلعة منه وهي تساوي مائة وترد عليه وهي تساوي عشرين، والعيوب في البدن فوت أيضاً.

وقد اختلف أيضاً[3] عنه هل هذا حكم جميع المبيعات الفاسدة أو حكم نوع منها؟، فعنه في ذلك روايتان[4]:

---

(1) في (م): عيباً.
(2) في (ق): استعمل.
(3) أيضاً: سقطت من (م).
(4) انظر: المدونة: (3/206-209)، التفريع (2/180) الرسالة: (ص: 215)، الكافي: (ص: 354-357)، المقدمات: (2/61- 65).

إحداهما: أنه حكم جميعها وهي رواية ابن نافع: والأخرى أنه ما اتفق على فساده وتحريمه كالربا والغرر وغير ذلك، فأما ما اختلف في تحريمه فإنه إذا مات أمضى بالثمن.

فوجه الأولى: أنه مبيع فاسد كالربا؛ ولأن الاتفاق لا مزية له على الاختلاف في الحكم بفساد العقد ما لم يفارق الاختلاف حكم الحاكم.

ووجه الثانية: أن الاختلاف يقتضي شبهة للقابض، فكان الثمن أولى، من القيمة؛ لأن الثمن متفق عليه مع الشبهة التي ذكرناها، وكان الفوت مشبهاً بحكم الحاكم بصحته والأول أقيس.

فصل[2. في تقسيم البيع الجائز إلى مساومة ومرابحة]

البيع جائز مساومة ومرابحة، فالمساومة: ألا يخبر برأس ماله[1] بل يبيع السلعة بما يسوم بها ويوافقه المبتاع عليه من مقدار الثمن، والمرابحة: أن يخبر برأس ماله، ويلتمس الربح على حساب معلوم مثل أن يقول: رأس مالها مائة ويبيعها[2] بربح كل عشرة واحداً أو اثنين أو غير ذلك مما يلتمسه، وكل جائز[3]؛ لقوله تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ﴾[4]، ولأن الغرض أن يكون الثمن معلوماً فعلى أي وجه أوقعه جاز، وإذا ثبت هذا فقد ينفرد رأس المال من شيء يتبعه وقد ينضم إليه شيء يتبعه كالقصارة والخياطة والسبغ والطي والشد والسمسرة والكراء وغير ذلك، فإن انفرد رأس المال عن شيء يتبعه[5] لم يلزم سواء وما قدر من الربح له، وإن انضم إليه شيء من ذلك لم يخل من أحد أمرين:

(1) في (ق): برأس المال.
(2) في (ق): وأن يبيعها.
(3) انظر: الموطأ: (669-668/2)، المدونة: (250-244/3) التفريع: (181/2)، الكافي: (ص:344-345).
(4) سورة البقرة، الآية: 275.
(5) عن شيء يتبعه: سقطت من (ق).

إما أن يخبر البائع[1] برأس المال وما لزمه ويشترط ضمه إلى رأس المال وطلب الربح للكل، فهذا يكون له ما اشترطه؛ لأن المشتري قد رضى بذلك، وكأن البائع قال ابتداء: لا أبيعها إلا بكذا فرضى المبتاع فيجوز.

وأما أن يطلق العقد ويسكت عن اشتراط ضم هذه التوابع إلى رأس المال وعن اشتراط ربح لها، فهذا ينظر فيه: فيضم إلى رأس المال كل ما له عين قائمة في المبتاع مثل القصارة والخياطة والصبغ والطرز، ويحسب لها بقسطها من الربح؛ لأنها جارية مجرى أصل المبتاع، وما عدى ذلك من شد وطي وسمسرة، فلا يضم إلى رأس المال فلا يحسب له ربح؛ لأنه ليس بمؤثر في المبتاع ولا المبتاع مضطر إليه حتى يمكن حصوله إلا به؛ لأن التاجر يفعله ترفيهاً لنفسه عن التعب، فليس له أن يلزم بذلك المبتاع مؤنة زائدة إلا أن يعلم أن شراء ذلك المتاع لا يمكن أن يتولاه من يشتريه إلا بوسيط وسمسار، والعادة جارية بذلك فيحسب في رأس المال ولا يحسب له ربح؛ لأنه ليست له عين قائمة مؤثرة في المتاع، ويحسب نقل المتاع من بلد إلى بلد، فأما كراء المنزل[2]، فإن كان التاجر اكتراه ليسكنه ويأوي فيه إلى وقت انصرافه فالمتاع تبع[3]، فلا يحسب النفقة على نفسه طول مقامه، وإن كان اكتراه ليحرز المتاع فيه ولولا ذلك لم يحتج إليه، فإنه يحسب بغير ربح يضرب له على ما ذكرناه.

---

(1) البائع: سقطت من (ق).
(2) فأما كراء المنزل: سقط من (م).
(3) في (م): بيع.

باب: إذا اختلف المتبايعان في مقدار الثمن

إذا اختلف المتبايعان في مقدار الثمن: ففيها ثلاث روايات[1]:

إحداها: أن التحالف والتفاسخ واجب بينهما على أي وجه كان سواء كانت السلعة في يد البائع أو المشتري باقية أو تالفة إلا أن يرضى المشتري أخذها بما يدعيه البائع، وهو قول أشهب والشافعي[2].

والثانية: أنه إن كانت السلعة لم تقبض تحالفا وتفاسخا، وإن كانت قد قبضت فالقول قول المشتري مع يمينه، وهي رواية ابن وهب.

والثالثة: أن السلعة إن كانت باقية لم تفت ولا تغيرت في بدن ولا سوق، وإن كانت قد قبضت فإنهما يتحالفان ويتفاسخان، وإن تلفت أو تغيرت بما ذكرناه، فالقول قول المشتري مع يمينه، وهذه رواية ابن القاسم وهو قول أبي حنيفة[3].

فوجه قوله: إنهما يتحالفان ويتفاسخان على كل وجه قوله ﷺ: "إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قال البائع ويترادان"[4]، وروي: "يتحالفان ويتفاسخان"[5] فعم ولم يخص؛ ولأن الاختلاف في ثمن المبيع يوجب التحالف أصله قبل القبض؛ ولأنه لما كان القول قول المالك في أصل البيع

---

(1) انظر: المدونة: (245/3)، التفريع: (182/2)، الكافي: (ص:345).
(2) انظر: مختصر المزني (ص: 86- 87).
(3) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 82)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (32/2-33).
(4) أخرجه أبو داود في البيوع، باب: إذا اختلف البيعان: (783/3)، والنسائي في البيوع، باب: خلاف المتبايعان في الثمن: (266/7)، وابن ماجه في التجارات، باب: البيعان يختلفان (737/2)، والترمذي في البيوع، باب: ما جاء إذا اختلف البيعان: (570/3)، وأخرجه الحاكم: (45/2)، وقال صحيح الإسناد.
(5) في (م): تحالفا وتفاسخا.

إذا قال بعتكها، و قال الآخر: وهبتنيها، كان القول قوله أيضاً في صفة ذلك الشيء ما أمكن.

ووجه اعتبار القبض دون الفوات أن الأصول موضوعة على أن اليمين في جنبة أقوى المتداعيين سبباً، والمشتري بعد القبض أقوى سبباً لما دفع إليه السلعة وائتمنه عليها إذا لم يُشهد عليه ويتوثق منه وجب أن يكون القول قوله كما كان للذي الشيء في يده في المتداعيين القول مع يمينه.

ووجه اعتبار الفوات والتغيير قوله ﷺ: "إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قال البائع، فإن استهلكت، فالقول قول المشتري"، وروي: "والسلعة قائمة تحالفاً وترادا[1]،ولأن التحالف سبب يثبت به فسخ البيع فسقط بتلف المبيع كالإقالة، ولأنا لو أوجبنا التحالف في هذا الموضع لكُنَّا قد أوجبنا على المشتري القيمة، وربما كانت أضعاف ما يدعيه البائع من الثمن فيكون قد ألزمناه ما لم يدعيه عليه خصمه.

فصل[1. صفة المسألة السابقة]

إذا ثبت هذا فصفة المسألة على الروايات[2] الثلاث: أن الاختلاف لا يخلو أن يكون قبل القبض أو بعده: فإن كان قبله فإنه يتحالفان ويتفاسخان ويبدأ البائع باليمين فيحلف أنه لم يبع السلعة إلا بما ادعاه، فإن حلف قيل[3] للمشتري: إما أن تحلف على ما أدعيت ويفسخ البيع بينكما وإلا ألزمناكم بما حلف البائع عليه: فإن حلف سقط عنه ما ادعاه البائع وفسخ العقد، فإن نكل لزمه البيع بيمين البائع ويكون له بما يدعيه البائع.

(1) أخرجه الدارقطني: (21/3)، لكن فيه من لا يعرف، وانظر تخريج الأحاديث السابقة، وقال الحافظ ابن حجر: أن رواية التحالف لا ذكر لها في شيء من كتب الحديث (تلخيص الحبير: 31/3).
(2) في (م):على الصفات.
(3) في (م): قبل.

وإن نكل البائع أولاً نقلت اليمين إلى المشتري، فإن حلف وجبت له ما يدعيه، فإن نكل فاختلف فيه: فقيل: يترادان، وقيل: يكون القول قول البائع.

فوجه التراد أنهما قد استويا في الحال كما لو حلفنا؛ لأنه ليس أحدهما أرجح من الآخر.

ووجه ترجيح البائع أنه أقوى سبباً من المشتري؛ لأن المشتري قد أضعف نفسه بنكوله هذا كله إذا كانت السلعة لم تقبض، فأما إذا قبضت فعلى رواية اعتبار القبض تعرض على المشتري، فإن حلف وجبت له باليمين وقوة السبب، وإن نكل ردت اليمين على البائع، فإن حلف ثبت له ما يدعيه بنكول المشتري ويمينه، وإن نكل فقد ذكر الخلاف وترتيب الرواية الأخرى على مثل هذا.

فصل[2. إذا كان الاختلاف في البيع]

وإن كان الاختلاف في البيع فادعى البائع أنه حال وادعى المشتري التأجيل فينظر[1]:

فإن كان العرف جارياً في موضعهما بأن ذلك النوع لا يباع إلا نقداً لا نساء فاليمين على مدعي العرف لقوة سببه والقبض غير مؤثر، فإن كانا لم يفترقا:

فقيل: القول قول البائع؛ (لأن العرف لا يثبت حال التبايع؛ لأن تقدم النقد على العقد وتأخره على وجه واحد.

وقيل: القول قول المشتري) [2]؛ لأن العرف في الجملة شاهد له، فأما إن لم يكن لذلك[3] النوع المبيع عرف من تعجيل أو غيره وادعى المشتري أجلاً

(1) في (ق): فانظر.
(2) ما بين قوسين: سقط من (م).
(3) في (م): في ذلك.

بشبهة، فقيل: القول قول المشتري مع يمينه بعد القبض كالاختلاف في المقدار، وهذه رواية ابن وهب، وقيل: القول قول البائع كهو قبل القبض.

وإن تصادقا في الأجل واختلفا في مدته فالقول في الاختلاف في مقدار الثمن، فأما الاختلاف في عين الثمن وجنسه فإنهما يتحالفان ويترادان والقبض لا يؤثر، لأن[1] عين الثمن لا يقع فيها ائتمان وفيه نظر، وفروع هذا الباب تطول[2].

(1) لا يؤثر القبض لأن: سقطت من (م).
(2) انظر: الكافي: (ص: 340-341).

باب: في الاستبراء

ومن وطئ أمة ثم أراد بيعها فعليه أن يستبرئها[1] قبل البيع، وعلى المشتري أن يستبرئها قبل أن يطأها[2] ، وقال أبو حنيفة والشافعي: الاستبراء على المشتري ويستحب للبائع[3]،وحكي عن عثمان البتى[4] أنه يلزم البائع ولا يلزم المشتري[5].

ودليلنا على وجوبه على البائع أنه إذا وطئها جاز أن تكون حاملاً من ذلك الوطء فيكون بائعاً لولده ومدخلاً للشبهة في النسب؛ لأن المشتري قد يبادرها فيطأها قبل الاستبراء[6]،ولأنه أحد المتبايعين فلزمه كالمشتري، ولأن المشتري إنما لزمه الاستبراء لحفظ مائة لئلا يدخل ماء على ماء غيره، فالبائع يلزمه من حفظ مائة ما يلزم المشتري.

فصل[1. دليل وجوب الاستبراء]

ودليلنا على وجوبه على المشتري خلافا للبتي قول النبي -ﷺ-: "لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تحيض"[7]، قوله ﷺ: "من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره"[8]، ولأنه لا يأمن أن تكون حاملاً

---

(1) الاستبراء في اللغة: الاستقصاء والبحث عن كل أمر غامض، وشرعاً: الكشف عن حال الأرحام عند انتقال الأملاك مراعاة لحفظ الأنساب (الفوكه الدواني: 61/2).
(2) انظر: المدونة: (345/2-346)، التفريع: (178/2)، الرسالة: (ص: 207)، الكافى: (ص: 300).
(3) انظر: مختصر الطحاوى (ص: 90)، مختصر المزني (ص: 225).
(4) عثمان البتي: هو أبو عمر وعثمان بن مسلم البتي، فقيه البصرة، حدث عن أنس بن مالك والشعبي، عابوا عليه الإفتاء بالرأي، (ت143هـ) (سير أعلام النبلاء: 148/6)، تقريب التهذيب (ص: 386).
(5) انظر: المغني: (509/7).
(6) في (م): أن تستبرئ.
(7) سبق تخريج الحديث.
(8) سبق تخريج الحديث.

فيكون بوطئه مدخلاً للشبهة في النسب فلزمه الاستبراء، وكذلك لا يحل له توابع الوطء من اللمس للذة والقبلة لأن حالها مترددة بين أن تكون مملوكة له وهو أن لا يظهر بها حمل وبين أن تكون أم ولد لغيره.

فصل[2. بما يكون الاستبراء؟]

والاستبراء حيضة؛ لقوله ﷺ: "حتى تحيض"[1] فأطلق، ولأن الغرض براءة الرحم، وذلك يحصل بالمرة، وتفارق الحرة؛ لأن الزيادة لحرمة الحرية، فإن اتفقا على استبراء واحد جاز؛ لأن الغرض يحصل، ويستحب أن توضع على يدي امرأة من عدول النساء، لأن ذلك أصْوَن وأحفظ، ويكره أن تكون عند المشتري لئلا يتعجل بوطئها.

فصل[3. إذا وطئت الأمة المبيعة قبل أن تستبرأ]

إذا وطئ الأمة سيدها ثم باعها قبل أن يستبرئها[2] فوطئها المشتري قبل أن يستبرئها فأتت بولد لأكثر من ستة أشهر من وطء الأول، أو الثاني نظر إليه القافة، فبأيهما ألحقوه لحق فإن ألحقوه ببائعها انفسخ بيعها، وإن ألحقوه بمشتريها لم يبعها، وإن أتت به لأقل من ستة أشهر لوطء[3] الثاني وهو لستة اشهر من وطء الأول فهو للأول دون الثاني[4].

وأما ولد الزوجة فالظاهر من قول مالك أنه لا يحكم فيه بالقافة، وذكر الشيخ أبو بكر الأبهري عن أبي يعقوب الراوي أن ابن وهب روى عن مالك أنه يحكم فيه القافة كولد الأَمَة[5]، وقد بينا أن الحكم بالقافة إنما هو في وطء الرجلين الأمة في طهر واحد إذا أتت به لما يشتبه أن يكون منهما[6]،

---

(1) سبق تخريج الحديث.
(2) في (م): يشترى.
(3) في (م): من وطء.
(4) انظر: الموطأ: (2/739-740)، المدونة: (2/347-359)، التفريع: (2/178)، الكافي: (ص: 300).
(5) انظر: المدونة: (2/358).
(6) في (م): منها.

وعند أبي حنيفة أن الحكم بالقافة باطل ولا يراعي الشبه، قال: فإذا تنازع الولد رجلان لحق بهما وكان ابناً لهما يرثانه ويرثهما وكذلك عشرون وثلاثون رجلاً لو ادعوه إن أمكن ذلك[1].

وقال الشافعي: يحكم القافة في ولد الأَمَة والحرة[2]، ودليلنا على وجوب الحكم بالقافة ما روي عن عائشة أنها قالت: دخل رسول الله -ﷺ-: تبرق أسارير وجهه، فقال: ألم تري إلى مجزز المدجلي[3]، نظر إلى أسامة وزيد وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض[4].

فوجه الدلالة[5]: أن المشركين كانوا يطعنون في نسب أسامة؛ لأنه كان أسود وكان زيد أبيض، وكان ذلك يشق على رسول الله ﷺ فسُرَّ بقول مجزز لكونه قائفاً عارفاً بالأنساب، ولو كان ذلك ظناً، وتخميناً[6] لا يتعلق به حكم لم يسر به، ولأَنْكَرَ على مجزز إخباره به كما ينكر[7] كلما يذكر من أمر الجاهلية وأحكامها مما ليس في شرعه إقراره، ويدل على أن اعتبار الشبه في اضطراب النسب واجب حديث سعد[8] وعبد بن زمعة[9] لما تنازعا الولد فادعاه سعد لأخيه وادعاء سعد بن زمعة لأبيه، فحكم النبي ﷺ به

(1) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 141)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (25/2).
(2) انظر: مختصر المزني: ص: 317-318، المهذب: (121/1).
(3) مجزز المدجلي: هو والد علقمة بن مجزز، وسمي مجززاً، لأنه كان إذا أخذ أسيراً في الجاهلية جز ناصيته وأطلقه، وكان عارفاً بالقيافة وكان فيمن شهد فتح مصر (فتح الباري: 57/12).
(4) أخرجه البخاري في الفرائض، باب: القائف: (12/8)، ومسلم في الرضاع باب: العمل بإلحاق القائف الولد: (1081/2).
(5) في (م): موضع الدليل.
(6) في (م): وحدساً.
(7) كان ينكر.
(8) سعد بن أبي وقاص: مالك بن وهب بن عبد مناف بن زهر بن كلاب الزهري، أبو إسحاق أحد العشرة وأول من رمى بسهم في سبيل الله، مات بالعقيق سنة خمس وخمسين، وهو آخر العشرة وفاة (تقريب التهذيب، ص: 303).
(9) عبد بن زمعة: ابن الأسود بن عبد المطلب بن أسد القرشي، صحابي مشهور، استشهد يوم الدار مع عثمان (تقريب التهذيب، ص: 303).

لصاحب الفراش وهو زمعة، ثم قال لسودة[1]: "احتجبي منه"[2] لما رأى من شدة شبهه بعينه مع ثبوت الأخوة بينهما وبين هذا الولد، وكذلك قوله ﷺ في قصة هلال بن أمية: "إن جاءت به على نعت كذا فهو لشريك"، فجاءت به على النعت المكروه، فقال: "لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن"[3] فدل على أن الشبه معتبر في إلحاق النسب ونفيه، وروي عن عمر وأنس الحكم بالقافة[4]، وهو عمل أهل المدينة المنتشر بينهم؛ ولأن حقيقة النسب من الأب لا يعلمها إلا الله تعالى أو من أطلعه الله عليه، وإنما يثبت بالاستدلال والفراش من جهة الظاهر، ووجدنا القافة لهم اختصاص بهذا العلم من طريق معرفة الشبه لا يدفع أحد ذلك، فجاز أن يكون لهم مدخل فيه كما جاز أن يكون للتجار مدخل في السلع المتلفات، ولأهل الحرز مدخل في الخرص في الزكوات وغيرها.

فصل[4. في الدليل على أن الولد لا يكون لأكثر من أب واحد]

ودليلنا على أن الولد لا يكون لأكثر من أب واحد قوله تعالى: ﴿وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ﴾[5] وقوله: ﴿أَنِ ٱشْكُرْ لِى وَلِوَٰلِدَيْكَ﴾[6] وقوله: ﴿وَوَصَّيْنَا ٱلْإِنسَٰنَ بِوَٰلِدَيْهِ حُسْنًا﴾[7]؛ ولأن استحالة ذلك في الشرع جار مجرى استحالة الأمر من طريق المشاهدة.

---

(1) سودة بنت زمعة: بن قيس بن عبد شمس العامرية، أم المؤمنين، تزوجها النبي ﷺ بعد خديجة وهو بمكة، وماتت سنة خمس وخمسين على الصحيح (تقريب التهذيب، ص: 748).

(2) أخرجه البخاري في البيوع، باب: تفسير المشبهات: (5/3)، ومسلم في الرضاع باب: الولد للفراش وتوقي الشبهات: (1080/2).

(3) سبق تخريج الحديث.

(4) عبد الرزاق: (360/7)، وابن أبي شيبة: (187/2).

(5) سورة النساء، الآية: 11.

(6) سورة لقمان، الآية: 14.

(7) سورة العنكبوت، الآية: 8.

فصل[5. في منع الحكم بالقافة في ولد الحرة]

فأما منع ذلك في ولد الحرة فلأن الحكم بالقافة لا يثبت بالقياس، ولم يرد في الحرة شرع، ولأن الحرة لا يتساوى فيها الوطئان في الفراش؛ لأنها لابد أن تكون فراشاً لأحدهما دون الآخر إذا لا يجوز أن تكون فراشاً لهما جميعاً، فيلحق الولد لصاحب الفراش، وليس كذلك الأَمَة؛ لأنه قد يستوي حكم الواطئين من جهة الملك؛ لأنها إذا كانت بين شريكين فهما يتساويان[1] في الملك ويشتريها واحد بعد واحد، فيقع العقد صحيحاً، فلذلك احتجنا إلى الترجيح، واعتباره من الطريق الذي يعتبر منه، وبالله التوفيق.

(1) في (م): متساويان.

كتاب الإجارات

الأصل في جواز الإجارة[1] في الجملة[2] خلافاً لمن لا يعتد له[3]، قوله تعالى: ﴿إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖ﴾[4] فنص على جواز الإجارة والمعاوضة على المنافع، وقوله في هذه القصة: ﴿يَٰٓأَبَتِ ٱسۡتَـٔۡجِرۡهُۖ إِنَّ خَيۡرَ مَنِ ٱسۡتَـٔۡجَرۡتَ ٱلۡقَوِيُّ ٱلۡأَمِينُ﴾[5]، وقوله ﷺ: "أعط الأجير أجره قبل أن يجف عرقه"[6] وقوله: "ثلاثة أنا خصيمهم يوم القيامة فذكر رجل استأجر أجيراً فاستوفى عمله ولم يوفه أجره"[7]، ولأن بالناس حاجة إلى تمليك المنافع كحاجتهم إلى تمليك[8] الأعيان؛ ولأنه إجماع السلف والخلف على مر الأعصار قبل خرق من خرقه، فلا يعتد بخلافهم فيه[9].

فصل[1. الإجارة على منافع الأعيان]

الإجارة هي عقد معاوضة على منافع الأعيان[10]، ولا تخلو المنافع من أحد أمرين: إما أن تكون معلومة الجنس كخياطة الثوب، وبناء الحائط

---

(1) الإجارة في اللغة: من الأجر وهو الثواب والأجرة الكراء، وفي الاصطلاح: هي بيع منفعة ما أمكن نقله غير سفينة ولا حيوان لا يعقل بعوض غير ناشئ عنها بعضه يتبعض بتبعيطها- (انظر الصحاح: 176/2)، حدود ابن عرفة (ص: 392).

(2) انظر: المدونة: (386/1-390)، التفريع: (183/2)، الرسالة: (ص: 218)، الكافي: (ص: 368).

(3) يحكى ذلك عن عبد الرحمن بن الأصم أنه قال: لا يجوز ذلك (انظر: المغني: (443/5).

(4) سورة القصص، الآية: 27.

(5) سورة القصص، الآية: 26.

(6) أخرجه ابن ماجه في الأحكام، باب: أجر الأجراء: (817/2)، وفيه عبد الرحمن بن زيد بن أسلم وهو ضعيف، وأصله في صحيح البخاري (انظر: نصب الراية: (129/4)، (مجمع الزوائد: 100/4).

(7) أخرجه البخاري في الإجارات، إثم من منع أجر الأجراء: (50/3).

(8) في (م): تملك.

(9) انظر: بداية المجتهد: (218/2)، المغني: (433/5)، نيل الأوطار: (281/5)

(10) في (م): الإجارة في عقد معاوضة على منافع الأعيان جائزة.

وركوب الدابة وسكنى الدار وما أشبه ذلك، وغير معلومة مثل خدمة العبد وما في معناها.

فالقسم الأول لا يحتاج إلى ضرب أجل؛ لأنه مستغنى بالعلم بجنسه عن أن يعلم بأجل يحصره.

والقسم الثاني يحتاج إلى أصل ينضبط به[1]؛ لأنه غير معلوم في نفسه، ألا ترى أن خدمة العبد تختلف فتكون في خبز، أو طبخ، أو خدمة دابة، أو شراء حاجة، أو غير ذلك مما يستخدم في مثله الأجراء، فلو لم ينضبط بمدة محصورة لدخل المنافع المستأجرة عليها الجهل والغرر فاحتيج لذلك إلى ضرب مدة تضبط بها[2].

فصل[2. في إجارة الدور والأرضين والحوانيت وغيرها]

تجوز إجارة الدور والأرضين والحوانيت والثياب والدواب والرقيق وأواني الحديد والخشب وغير ذلك من العروض.

ويجوز عقد الإجارة على كل منفعة يستباح تناولها ويجوز لمالكها منعها وبذلها: كخياطة الثوب وبناء الحائط والصياغة والقصابة والصبغ وسائر الصنائع، وكذلك الخدمة وغيرها من المنافع[3].

فصل[3. في إجارة الأعيان]

تجوز إجارة الأعيان كالدور والرقيق وغيرها على ثلاثة أوجه:

أحدها: على مدة معلومة معينة مثل: أن يقول استأجرت منك هذه الدار سنة أو سنتين أولها يوم كذا وانتهاؤها وقت كذا، لأن هذا حصر للمنافع

---

(1) في (م): ليضبط به.

(2) انظر: التفريع: (185/2-186)، الرسالة: (ص: 118)، الكافي: (ص: 368).

(3) فيما تجوز إجارته انظر: المدونة: (386/3-400)، التفريع: (183/2-185)، الرسالة: (ص: 219)، الكافي: (ص: 368-369).

المعقود عليها بمدة[1] تفوت بفواتها ويلزم المستأجر رفع يده عند تقضيها، ونظيره في بيوع الأعيان: أن يقول ابتعت منك هذا الثوب أو ما في هذه الرزمة من الثياب وقد شاهدها وعرفها فيجوز ذلك.

والثاني: أن يذكر المدة ولا يحدها[2] من أي وقت يكون، فيقول: استأجرت منك هذه الدار شهراً بدينار ولا يبين أي شهر هو فيصح عندنا ويكون من وقت العقد[3] خلافاً للشافعي في قوله: إنه لا يصح إلا أن يبين أوله[4]؛ لأن الإطلاق في هذا محمول على العرف جار بين الناس في بياعاتهم وإجارتهم ومعاملاتهم أنهم إذا أطلقوا الأجل، فالمراد به وقت العقد، ألا ترى أن من باع من رجل ثوباً بدينار إلى شهر فإنه يحمل على أن ابتداءه[5] من وقت العقد، وكذلك إذا أسلم إليه بشيء في ذمته وقدر الأجل ولم يعينه، فإنه يكون من وقت العقد، وكذلك إذا أسلم إليه بشيء في ذمته وقدر الأجل ولم يعينه، فإنه يكون في وقت العقد، وكذلك قلنا فيمن حلف ألا يكلم زيداً شهراً ولم يعينه، فإن يمينه تنعقد من وقت حلفه؛ لأن العرف جار في كل هذا بأن المراد به الفور والحال كذلك في الإجارات[6].

والثالث: أن يستأجرها مشاهرة فيقول: استأجرت منك هذه الدار على حساب الشهر بكذا أو السنة أو الأسبوع أو أي مدة قدر بها الأجرة، فيجوز وإن لم يعين مدة ما يعقد عليه من ذلك خلافاً للشافعي في قوله: إنه

---

(1) تمده: سقطت من (م).
(2) في (م): ولا يجردها.
(3) انظر: المدونة: (392/3)، التفريع: (185/2-186)، الكافى (ص: 369).
(4) انظر: الأم: (26/4-27)، المهذب: (396/1).
(5) في (ق): ابتدائه.
(6) في (م): الإجارة.

لا يصح إلا أن يقول: استأجرتها شهراً أو شهرين أو مدة يذكرها على حساب كذا[1].

وإنما قلنا: إن ذلك جائز؛ لأن المنافع المعقود عليها يعلم قدرها باختيار المستأجر، فكأن المؤجر قال: قد أجرتك هذه الدار ما شئت أن يسكنها من المدة على حساب كل شهر بكذا، فذكر الشهر يُراد لتحديد المعقود عليه وهو أجرة المنافع وإخراجه من حيز[2] الغرر والجهل ليقع الحساب عليه عند استيفاء المنافع، فيكون كقوله: قد بعتك من هذا الكر ما شئت على حساب كل قفيز بدرهم، فمهما أخذ منه استحق ثمنه عليه بما يقدر له[3]، كذلك الإجارة فإذا ثبت هذا وقع العقد على هذا الحد: فلكل واحد منهما أن يترك إذا شاء[4] فيسكن المستأجر ما شاء من المدة ويخرج إذا شاء وتلزمه الأجرة بحساب ما سكن، وكذلك المالك له أن يطالبه بالخروج أي وقت شاء، وقال عبد الملك: تلزمه أجرة حد واحد مما جعلاه علماً على حساب الأجرة من شهر كذا أو[5] سنة، كأنه قال: استأجرت منك هذه الدار كل شهر بدينار فيلزمه كراء شهر، وكذلك لو قال: كل سنة لزمه كراء سنة واحدة.

فوجه الأول أن العقد لم يقع على شهر كامل، وإنما وقع على حساب الشهر بكذا، فلم يلزم سكنى ما لم يقع العقد عليه، ووجه الثاني أنه إذا قال: كل شهر بدينار لكأن الكراء إنما وقع على الحد الذي جعل علماً على معرفة الأجرة المقدرة به.

---

(1) انظر: الأم: (4/26-27)، المهذب: (1/396).
(2) في (م): من جهة.
(3) في (م): بما يتقدر.
(4) في (م): إنشاء.
(5) كذا أو: سقطت من (م).

فصل[4. إجارة الدنانير والدراهم]

إجارة الدراهم والدنانير وكل ما لا يعرف بعينه لا تصح وإجارته قرضه، والأجرة ساقطة عن مستأجره هذا قول ابن القاسم، وشيخنا[1] أبو بكر الأبهري وغيره يزعمون أن ذلك يصح وتلزم الأجرة فيه إذا كان المالك حاضراً معه[2]، ولابن القاسم أن الإجارة معاوضة على منافع الأعيان وإذا كانت العين نفسها لا يصح الانتفاع بها مع تبقيتها وإنما يصح مع إبدالها ببيع وغيره لم تصح إجارتها، وقد علم أن الدنانير والدراهم لا منفعة فيها مع بقاء العين، فلا يستحق أن يبذل العوض في مقابلتها بخلاف الدور والدواب وغيرها فلم يصح إجارتها.

وإنما قلنا: إن أجارتها قرضها؛ لأن ربها ملك المدفوع إليه الانتفاع بها ولا ينتفع إلا بإتلاف أعيانها فصار ذلك ملكاً له، فلو قلنا: إنه تلزمه أجرة لكان في معناه قرض جر نفعاً، ودراهم بدراهم متفاضلة وذلك غير جائز، ووجه القول الآخر أن الانتفاع بهما يمكن بأن يضعها المستأجر بين يديه يتكثر بها ويتجمل، وله غرض في أن يرى الناس معه دنانير ودراهم فينفعه ذلك فيما يقصده به، وإذا كان كذلك صحت إجارتها.

وإنما قلنا: يجب أن يكون المالك معها لئلا ينفقها المستأجر ويعطيه بدلها وزيادة فيكون تفاضلاً وقرضاً جر نفعاً.

فصل[5. في حكم عقد الإجارة]

عقد الإجارة لازم من الطرفين ليس لأحد المتعاقدين فسخه مع إمكان استيفاء المنافع المعقود عليها[3] خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن العقد يجوز أن

---

(1) في (م): وقول.

(2) انظر: التفريع: (182/2)، الكافي: (ص: 373).

(3) انظر: المدونة: (429/3)، التفريع: (187/2-188)، الرسالة: (ص: 368)، المقدمات: (166/2-167-184).

يفسخ بوجود العذر في حق المكتري أو المكري وإن أمكن استيفاء المنفعة مثل أن يكتري جمالاً للحج ثم يبدو له أو يمرض فله الفسخ، أو داراً يسكنها ثم يريد السفر أو دكاناً ليتجر فيه فتحترق متاعه فله الفسخ عنده في ذلك كله[1].

ودليلنا قوله تعالى: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾[2]؛ ولأنه عقد معاوضة محضة فلم يكن لأحدهما فسخه لمعنى في العاقد كالبيع، ولا يدخل عليه النكاح؛ لأنها ليست بمحضة، ولأن أحدهما إذا قال: لا أريد السفر إلى الجهة[3] التي وقع الكراء إليها فعندهم أن هذا عذر[4] في حق المكتري دون المكري، فنقول: كل معنى لا يملك به المكري فسخ الإجارة لم يملك بمثله المكتري أصله غلاء الأجرة ورخصها.

فصل[6. متى يستحق تسليم الأجرة]

الأجرة لا تستحق تسليمها بمجرد العقد ولا بتسليم العين المستأجرة، وإنما تستحق الأجرة أولاً بأول[5] لكل جزء من المال يقابل كل جزء من المنافع، إلا أن يكون هناك عادة أو شرط فيستحق التسليم لها أو يكون تأخيرها يؤدي إلى أمر ممنوع فيلزم تقديمه لذلك لا بمجرد العقد[6].

وقال الشافعي: يستحق تسليم الأجرة بتمام عقد الإجارة وتسليم العين المستأجرة شرط ذلك أو لم يشترط[7].

---

(1) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 128-129)، مختصر القدوري- مع شرح الميداني: (105/20).
(2) سورة المائدة، الآية: 1.
(3) في (ق): إذا أريد السفر.
(4) في (ق): غرر.
(5) في (م): أولاً أولاً.
(6) انظر: التفريع: (184/2)، الرسالة: (ص: 219)، الكافي: (ص: 368).
(7) انظر: الأم: (26/4)، مختصر المزني (ص: 126)، الإقناع (ص: 100).

ودليلنا: أن الأجرة ثمن للمنافع[1] كما أن الثمن في البيع لرقبة المبيع، وقد ثبت أن في البيع لا يلزم تسليم الثمن بمجرد العقد إلا بعد تسليم المعقود عليه، فكذلك يجب في الإجارة، ولا تلزم عليه الإجارة بثوب بعينه أو بفاكهة رطبة[2]؛ لأن هناك قارن العقد ما أوجب التعجل، فيكون له كاشتراط التقديم.

فصل[7. في فسخ عقد الإجارة]

كل معنى طرأ بمنع استيفاد المنافع فإن العقد ينفسخ معه، وذلك كانهدام الدار واحتراقها وغصبها، وكذلك امتناع المؤجر من تسليمها حتى فات وقت الإجارة ظلماً، وكذلك مرض العبد والدابة، وهذا كله في الإجارة المعينة دون المضمونة[3]؛ لأن امتناع استيفاء المنافع لا يلزم معه الأجرة لما بيناه (أن العوض لا يستحق إلا بتسليم المنافع كالأعيان)[4].

فصل[8. استقرار الأجرة بالتمكين من المنفعة ولو لم ينتفع المستأجر باختياره]

إذا تسلم المستأجر الدار أو الدابة المعينة وتمكن من استيفاء المنفعة فلم يستوفها حتى انقضت المدة فقد استقرت الأجرة عليه[5]؛ لأن الذي يجب على المكري تسليمها وتمكينه من المنفعة وقد فعل، فإذا اختار ألا يستوفيها فلا يلزم المكري شيء كما لو ابتاع مأكولاً رطباً وقبضه[6]، فلم يأكله حتى تلف لزمه الثمن ولم يلزم البائع شيء.

---

(1) ثمن: سقطت من (ق).
(2) في (م): رطب.
(3) انظر: المدونة: (3/428-429)، التفريع: (2/148)، الرسالة: (ص: 219) ، الكافى: (ص: 369).
(4) ما بين قوسين: سقط من (م).
(5) انظر: المدونة: (3/426-428)، التفريع: (2/184)، الكافى: (ص: 369- 370).
(6) وقبضه: سقطت من (ق).

فصل[9. في أقسام الإجارة]

الإجارة على ضربين: إجارة عين وإجارة متعلقة بالذمة، وكل ذلك جائز[1]؛ لأن العين لما كان له بيعها كان له بيع منافعها، وكذلك لما كان له بيع شيء من الأعيان في ذمته أعني أعياناً مبيعة لا أعياناً معينة، فكذلك المنافع؛ لأن الإجارة معاوضة على المنافع كما أن الأثمان معاوضة على الرقاب، فلما جاز العقد على رقبة الدابة بالوجهين جميعاً- أعني بيع الدابة بعينها وأن يُسلم في دابة موصوفة في الذمة – صح العقد على منافعها بالوجهين جميعاً.

فصل[10. في كون المنفعة المعقود عليها معلومة]

فإذا ثبت ذلك فإن كان العقد على دابة معينة فلا بد أن تكون المنفعة المعقود عليها معلومة من ركوب أو طحن أو حمل أو غير ذلك، وإنما وجب ذلك لانتفاء الغرر بانتفاء الجهالة، وليعلم المكتري ما الذي يعاوض عليه في المنافع وكذلك المكري، فإذا ثبت ذلك فإن الحق يتعلق بالذمة في المعين بل يتعين لتلك العين، فإن تلف (قبل استيفاء المنفعة، فإن العقد ينفسخ لتعذر استيفاء المنافع المعقود عليها؛ لأنها مستحقة على وجه لا يمكن فيها القضاء ولا يلزم المكري أن يأتي بغيرها؛ لأنه لا يستحق عليه منافع غيرها، وإن تلف)[2]، بعد استيفاء بعض المنافع دون جميعها، فإن العقد ينفسخ فيما بقي ويلزمه من الأجرة بقدر ما استوفاه من المنفعة بقيمته من الأجرة، ويسقط عنه الباقي هذا الكلام في المعين.

---

(1) انظر: التفريع: (183/2- 186)، الرسالة:(ص: 218- 219)، الكافي: (ص: 318- 376).
(2) ما بين قوسين: سقط من (م).

فصل[11. إجارة المضمون في الذمة]

فأما المضمون في الذمة فمثل: أن يستأجر منه دابة ليركبها إما إلى موضع معين أو أجل[1] بعينه[2].

وإنما قلنا: إنه لا بد من أحد هذين ليحصل العلم بما يعاوض عليه؛ لأن العمل يتقدر تارة بالمدة، وتارة بنفسه بالركوب إلى موضع بعينه مقدر بنفسه مستغن عن ضرب مدة فيه كخياطة القميص وبناء الحائط، والركوب على الإطلاق من غير اشتراط مسافة معينة أو مقدرة لابد فيه من ضرب مدة كخدمة العبد وإلا دخله الجهل، (فإذا ثبت ذلك فيجوز حالاً إلى أجل)[3] لأنا لو لم نجزه إلى أجل لأدى إلى بطلان انتفاع الناس بالكراء أو انقطاع[4] معايشهم وتجاراتهم، وصورته إلى أجل مثل: أن يكتري منه في رجب أو شعبان للحج وعادة الناس في الخروج عندنا ببغداد في ذي القعدة فيقول: اكتريت منك كراء في ذمتك إلى الحج بعشرين ديناراً أو ما يتفقان عليه والأجل وقت خروج الناس، فإذا ثبت ذلك فيجب تعجيل النقد فيما يؤجل اعتباراً بالسلم لأن في تأخيره كونه ديناً بدين، فأما[5] في الحج فعنه روايتان[6]:

إحداهما: (أنه لا يجوز تأخير النقد إلا في اليسير وهو الثلاث فدونه، والآخر[7] أنه يجوز ويكتفي فيه بالعربان كالدينارين والثلاثة).

---

(1) في (م): أو أجلاً.

(2) انظر: المدونة: (422/3)، التفريع: (183/2-185)، الرسالة: (ص: 219)، الكافي: (ص: 371).

(3) ما بين قوسين: سقط من (م).

(4) في (م): الانقطاع عن.

(5) في (ق): فلما.

(6) انظر: المدونة: (441/3)، التفريع: (188/2-189)، الكافي: (ص: 372-373).

(7) ما بين قوسين: سقط من (ق).

فوجه الأولى أن في وجوب النقد ليخرج عن باب الدين بالدين، وإنما جاز التأخير في اليسير لأن الغالب في الأصول أن حكم الأكثر في حكم الجميع وأن الأقل لا حكم له.

ووجه الثانية: أن تقديم العربان يخرجه عن باب الدين بالدين، فقد تعجل الشيء من أحد الطرفين ولم يكلف نقد الكل خيفة الغرر؛ لأن المكري قد ينتفع في الثمن ثم يخلفه، وقد جرت العادة بذلك منهم، فكان الأصلح عقد العربان ليخرج عن الدين بالدين في جميع العقد ثم يكون الباقي كالوديعة عند المكتري[1] أو كالرهن.

فصل[12. إذا كان الكراء المضمون حالاً]

فأما إذا كان الكراء المضمون حالاً وشرع في الركوب فلا يحتاج إلى نقد[2]؛ لأن أحد الطرفين قد تعجل أخذه في الركوب وتماديه فيه يقوم مقام استيفائه، كما نقلوه في المقاثي والمطابخ أنه يجوز بيعها بالدين وإن كان المعقود عليه لم يخلق أكثره؛ لأنه في حكم الموجود لتناسقه وتتابعه.

فصل[13. إذا استأجر أرضاً للزرع فغرقت]

إذا استأجر[3] للزرع فغرقت سقط كراؤها لتعذر استيفاء المنفعة المعقودة عليها، وإن زرعها[4] وأمكنه شربها فلم ينبت زرعها فعليه الأجرة؛ لأن الذي على المؤاجرة: تسليم الأرض وتمكينه من استيفاء المنفعة وليس عليه سلامتها، وكذلك إن نبت الزرع وأصابته جائحة من غير جهة الشرب لم

---

(1) في (ق): عند المكرى.
(2) انظر: المدونة: (435/3)، التفريع: (186/2)، الكافي: (ص: 371 – 372).
(3) في (ق): ابتاع.
(4) في (م): زرع.

يسقط عنه الكراء، لأن التمكين قد وجد واستيفاء المنفعة غير متعذر وامتناع خروج الزرع، أو سلامته ليس من مقتضى العقد فلم يلزم[1].

فصل[14. عدم بطلان الإجارة بموت أحد المتعاقدين]

لا تبطل الإجارة لموت أحد المتعاقدين مع بقاء العين المستأجرة وإمكان استيفاء المنافع[2] خلافاً لأبي حنيفة[3]؛ لأنه عقد معاوضة فلم ينفسخ بموت أحد المتعاقدين إذا لم يكن فيه تلف المنفعة، أو تعذر، أو تعذر استيفائها أصله عقد البيع، ولأنه عقد معاوضة من مالك على منفعة ماله، فوجب ألا ينفسخ بموت المالك أصله إذا زوج أَمَته.

فصل[15. إذا اكترى داراً فله أن يسكنها وله أن يكريها من غيره]

إذا اكترى داراً فله أن يسكنها بنفسه، وله أن يكريها من غيره؛ لأن ملك منافعها ثابت له وليس بمستحق عليه في استيفائها محل مخصوص، وله أن يكريها بمثل الكراء أو أقل أو أكثر؛ لأنه معاوضة على ملكه كبيع الأعيان، وله أن يكريها من المالك[4] خلافاً لأبي حنيفة[5]؛ لأن كل مملوك جاز أن يملك لغير من ملكه جاز أن يملك لمن ملكه، أصله الأعيان.

فصل[16. إذا اكترى دابة ليحمل عليها شيئاً فحمل عليها غيره فعطبت]

إذا اكترى دابة ليحمل عليها شيئاً فحمل عليها غيره فعطبت: فإن كان[6] أضرّ بها ضمن قيمتها وإن كان مثله أو دونه فلا ضمان عليه؛ لأنه إذا كان أضرّ بها كان متعدياً بحمله[7] عليها؛ لأنه لا يملك ذلك ولا أذن له

---

(1) انظر: المدونة: (459/3)، التفريع: (184/2)، الكافي: (ص: 377-378).
(2) انظر: التفريع: (184/2-185)، الرسالة: (ص: 219)، الكافي: (ص: 369).
(3) انظر: مختصر الطحاوي ص: 28، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (105/2).
(4) انظر: المدونة: (451/3)، التفريع: (185/2)، الكافي: (ص: 368- 369).
(5) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 129).
(6) كان: سقطت من (م).
(7) في (م): بالجملة.

فيه صاحبها، ولا بد أن العوض عليه، فذا كان مثله فهو كما لو تلفت فيما استأجرها له فلا يضمن وإن كان دونه كان أولى لا يضمن؛ لأنه بعض حقه، فإن سلمت فلربها أن يأخذه بما بين الأجرتين.

وإن اكتراها على مكان سار بها إلى غيره في قدر مسافته أو دونها وقدر مشقته فلا ضمان عليه، وإن تعدى بها إلى غير مثله في المسافة والمثل منه في المشقة أو مثله في المشقة وأبعد منه في المسافة، فإن تلفت ضمنها، وإن سلمت فلربها الكراء الأول وأخذه بكراء الزيادة أو إسلامها ويضمنه القيمة يوم التعدي.

وصورتها أن يكتري دابة من بغداد إلى الكوفة فيمتد بها إلى فيل[1]: فقد بينا أن لصاحبه الكراء من بغداد إلى الكوفة؛ لأن المكتري قد استوفى المنفعة المعقودة عليها بالأجرة المسماة فاستقر البدل عليه في ذمته وتعديه فيما بعد لا يقدح في ذلك الاستقرار، وبيَّنا أن صاحبها مخير فيما زاد على ذلك إن شاء أخذه بالكراء، وإن شاء ضمنه القيمة[2].

وقال أبو حنيفة: لا كراء فيما زاد[3]، فدليلنا أنه انتفع بملك غيره من غصب للعين فلزمه بدل ما انتفع به كغير المتعدي.

ودليلنا أن تضمينه القيمة[4] خلافاً للشافعي[5]، أنه متعدياً بالإمساك وحبسها عن الأسواق، فتعلق عليها الضمان، فإذا ثبت هذا فعليه كراء المثل كالمتعدي ابتداء؛ لأن هذه المنفعة مستوفاة بغير عقد ولا شبهة عقد.

---

(1) في (م): قبر، وفيل: كانت مدينة ولاية خوارزم، يقال لها: فيل، ثم سميت: المنصورة، معجم البلدان: (286/4).
(2) انظر: المدونة: (431/3)، التفريع: (189/2)، الكافى (ص: 382).
(3) انظر: مختصر الطحاوى (ص:)128، مختصر القدورى – مع شرح الميداني: (106-88/2).
(4) القيمة: سقطت من (ق)
(5) انظر: الأم: (35/4)، مختصر المزني (ص: 127)، الإقناع: (ص: 100.)

فصل[17. حكم من استأجر أرضاً ليزرعها شيئاً بعينه فزرعها غيره]

إذا اكترى أرضاً ليزرعها حنطة فأراد أن يزرعها شعيراً أو ما ضرره مثل ضرر الحنطة أو دونه، فذلك له[1] خلافاً لداود[2]؛ لأن تعيين ما يزرع في الأرض هو كتقدير المنفعة لا لكونه شرطاً، بدليل أنه لو لم يزرعها مع التمكين منها لزمه الكراء، وإذا كان كذلك كان له أن يستوفي في ذلك القدر من المنفعة من المذكور وغيره.

فصل[18. ليس للمستأجر أن يزرع الأرض المستأجرة ما ضرره أشد من ضرر الحنطة]

وليس له أن يزرعها ما ضرره أشد من ضرر الحنطة، فإن فعل فلربها كراء الحنطة وقيمة الإضرار بالزيادة خلافاً للشافعي في قوله: إنه يلزمه كراء المثل في الجميع[3]؛ لأنه تناول من المنفعة زيادة على القدر المعقود عليه فلزمه بقدر[4] ما زاد أصله إذا اكترى جملاً ليسير عليه من بغداد إلى مكة فتعدى به إلى مصر.

فصل[19. جواز اشتراط الخيار في الإجارة]

يجوز أن يشترط[5] الخيار في الإجارة سواء كانت معينة أو مضمونة[6]، خلافاً لأصحاب للشافعي[7]؛ لأن المنافع أحد نوعي ما يقصد بالمعاوضات المحضة، فجاز اشتراط الاختيار فيه كالأعيان.

---

(1) انظر: المدونة: (473/3)، التفريع: (189/2)، الكافي (ص: 278).
(2) انظر: المحلى: (77/9)، والمغني: (484/5).
(3) انظر: الأم: (35/4)، مختصر المزني (ص: 127)، الإقناع: (ص: 100).
(4) مقدر: سقطت من (م).
(5) في (م): شرط.
(6) انظر: المدونة: (423/3 و472)، الكافي (ص: 369).
(7) انظر: الأم: (26/4)، الإقناع: (ص: 100).

فصل[20. تعيين المركوب ووصفه]

المركوب لا بد أن يعرف بتعيين أو وصف بالمشاهدة يشار إليه بأن يقال: أكريتك هذه الدابة أو الناقة، والموصوف لابد فيه من ذكر الجنس والنوع الذكورية والأنوثية[1] لأن الأغراض تختلف باختلاف الأجناس؛ لأن الجمل يقوى على الحمل أكثر من الدابة[2] والحمار والغرض بها مختلف، وكذلك أنواعها لأن النجيب لا يصلح للحمل، وإنما يصلح للركوب، وكذلك الذكر يكون أضعف من الأنثى فلا بد أن يبين.

فصل[21. في عدم الحاجة إلى وصف الراكب]

لا يحتاج إلى وصف الراكب خلافاً للشافعي[3]؛ لأن أجسام الناس متقاربة في العادة غير متفاوتة فلم يحتج إلى رؤيته، فإن آتاه بفادح عظيم الخلق ليس هو الغالب فلا يلزمه.

فصل[22. في عدم تعيين استيفاء المنافع في الإجارة]

الظاهر من مذاهب أصحابنا أن استيفاء المنافع لا يتعين في الإجارة، وإنه إن عين فذلك[4] كالوصف لا ينفسخ العقد بتلفه بخلاف العين المستأجرة إذا تلفت، وذلك كما يستأجر على رعاية غنم بأعيانها أو خياطة قميص بعينه فتهلك الغنم ويحترق الثوب فلا ينفسخ العقد وعلى المستأجر أن يأتيه بغنم مثلها[5] ليرعاه أو قميص مثله ليخيطه، وقد قيل: إنها تتعين[6] بالتعيين فينفسخ العقد بتلف المحل المعين[7].

---

(1) انظر: المدونة: (422/3)، التفريع: (185/2-186)، الكافى (ص: 371).
(2) لعله يقصد بالدابة البغل.
(3)انظر: الأم: (35/5)، مختصر المزني (ص: 127).
(4) في (م): فإنه.
(5) في (ق): مثله.
(6) في (م): تتغير بالتغيير.
(7) انظر: التفريع: (184/2-186)، الرسالة (ص: 219)، الكافي (ص: 369- 370).

فوجه الأولى: أنه قد ثبت أن عقد الإجارة لازم من الطرفين وليس لأحدهما فسخه مع التمكين من استيفاء المنافع فلو قلنا: إن محل الاستيفاء يتعين لحصل منه[1]، نقص الأصل لأن المستأجر يبيع الشيء المستأجر عليه فيفسخ العقد فيه باختياره، وذلك ينفي اللزوم ولا يمكنه أن يأتي بمثله أو يمنعه من البيع والهبة ينقطع تصرفه في ملكه من غير تعلق حق لغيره فيه؛ ولأن محل الاستيفاء حق للمستأجر دون المؤاجر ولأن المستأجر عقد على منافع يستوفيها فيلزم المؤاجر أن يوفيه إياها وتعيين ما يستوفيها منه[2] لا حق للمؤاجر فيه.

ووجه الثاني: أن أحد المحلَّين في الإجارة يصح معه[3] تعيينه كالأجير، فوجه الأولى لأنه إذا استأجر دابة ليركبها فماتت الدابة انفسخ العقد ولم يلزمه أن يأتي ببدلها، كذلك إذا عيَّن من يركبها والقميص الذي يخيط أو الغنم التي يرعاها يجب أن ينفسخ العقد بتلف ذلك كما ينفسخ العقد بموت الراعي والدابة، ولأنه قد ثبت تعيين ذلك في الظئر إذا استؤجرت لرضاع الصبي والطيب لعلاج المريض[4]، أو لقلع الضرس إذا برأ أو مات الصبي، وكذلك في سائر ما يستأجر عليه.

فصل[23. استيفاء المنافع في الإجارة الفاسدة]

إذا استوفيت[5] المنافع في الإجارة الفاسدة لزم بها أجرة المثل كالمبيع بيعاً فاسداً إذا فات أنه يلزم بالقيمة دون الثمن؛ لأن الأجرة ثمن للمنافع كما أن الأثمان في البياعات أعواض عن الأعيان، فإذا قبض العين المستأجرة في

(1) في (ق): ك. ليحصل.
(2) في (م): فيه.
(3) معه: سقطت من (م).
(4) في (م): العليل.
(5) في (م): استوعبت.

الإجارة الفاسدة فعليه أجرة المثل سواء استعملها أو لم يستعملها[1] خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إنه لا أجرة عليه إذا لم يستعملها[2]؛ لأنها عين قبضت على وجه الإجارة فكان تلف المنفعة فيها مضموناً بالتبذل أصله الإجارة الصحيحة، وإن تلف المنافع في العين المقبوضة على وجه الإجارة الصحيحة[3] يوجب بدلها على من تلفت في قبضه، أصله إذا استوفاها بنفسه.

فصل[24. أجرة الإجارة]

لا يجوز أن تكون الأجرة في الإجارة مجهولة ولا غرر[4]؛ لأنها عوض في عقد معاوضة محضة كالثمن في البيع.

ولا يجوز أن يستأجر نساجاً لينسج له غزلاً بنصف الثوب ولا بقيمته لأن الثوب الذي يخرج مجهول الصفة، ولأن نصف الغزل الذي استأجره به لا يسلمه إليه إلا بعد مدة وهي حصول النسج.

ولا يجوز في المبيع بعينه اشتراط الأجل في تسليمه إذا خيف منه الغرر وكذلك القيمة المجهولة لا يدرى كم يكون مقدارها، ويجوز أن يستأجره على عمل نصف الغزل بالنصف لأنه معلوم لا غرر فيه ولا جهالة، ومتى وقع العقد على الوجه الأول ونسج الثوب فجميعه لصاحب الغزل وللصانع أجرة المثل، ومثل ذلك أن يكري دابته أو غلامه من رجل بنصف الكسب؛ لأنه عوض مجهول فإن وقع: فلصاحب الدابة أو الغلام أجرة بالمثل، وجميع الكسب للمستأجر.

---

(1) انظر: المدونة: (427/3)، التفريع: (184/2-186)، الكافى (ص: 368-370).
(2) انظر: مختصر الطحاوى (ص: 128-129)، مختصر القدورى – مع شرح الميداني: (103/2-104).
(3) الصحيحة: سقطت من (ق).
(4) انظر المدونة: (389/3)، التفريع: (185/2- 186)، الرسالة (ص: 218- 219)، الكافي (ص: 374-377).

ولو قال له: اعمل على دابتي ولك النصف من الكسب لكان العقد فاسداً للجهل بمقدار الكسب لكنه إن وقع كان الكسب كله لصاحب الدابة وللأجير[1] أجرة المثل بخلاف الأولى لأن الإجارة في المسألة الأولى وقعت على الدابة والأجر كان مجتبياً للكسب، وفي مسألتنا وقعت الإجارة على الرجل واجتبى الكسب من قبل الدابة، فمن وقع عليه عقد الإجارة[2] لم يكن له من الكسب شيء.

فصل[25. فيمن اكترى دابة إلى مكان معلوم بأجرة معلومة ثم وجد حاجته دون ذلك]

يجوز أن يكتري الرجل الدابة إلى مكان معلوم بأجرة معلومة: فإن وجد حاجته دون ذلك فحسابه من الأجرة[3]؛ لأنه يكون كأنه قال له: أكريك من هذا الطريق كل بريد[4] بدينار، ويجوز ذلك على ما قدمناه من قوله: أجرتك[5] هذه الدار من حساب كل شهر بدينار، ويكون الذكر الفراسخ والمسافة لتتقدر الأجرة به.

فصل[26. في إجارة المشاع]

إجارة المشاع[6] جائزة من[7] الشريك وغيره[8]، خلافاً لأبي حنيفة[9] في قوله: إنه لا تجوز إلا من الشريك؛ لأن كل معاوضة جاز أن يعارض عليها

(1) في (ق): وللآخر.
(2) الإجارة: سقطت من (م).
(3) انظر: المدونة: (3/433-435)، التفريع: (2/187)، الكافى (ص: 372-373).
(4) **بريد**: البريد هو الرسول، ثم استعمل في المسافة التي يقطعها، وهي اثني عشر ميلاً (المصباح المنير ص 43).
(5) في (ق): أكريتك من.
(6) المشاع: وهو غير المتميز على حدة (الفواكه الدواني: 2/165).
(7) في (م): بين.
(8) انظر: المدونة: (3/448).
(9) انظر: مختصر الطحاوى (ص:131)، مختصر القدورى – مع شرح الميداني: (2/100)، وقال أبو يوسف ومحمد: إشارة المشاع جائزة.

الشريك جاز أن يعارض عليها الأجنبي، أصله البيع، لأنه عقد إجارة على ملك له معروف يمكن تسليمه إلى المستأجر فجاز ذلك اعتباراً بالمجوز.

فصل[27. إجار دار بسكنى دار أخرى]

يجوز أن يستأجر داراً بسكنى دار أخرى[1]، خلافاً لأبي حنيفة[2] في قوله: إن المنافع لا يكون أجرة للمنافع إلا أن يكون من جهة أخرى؛ لأنهما منفعتان يجوز عقد الإجارة على كل واحد منهما في الانفراد، فجاز أن يعقد على إحداهما بالأخرى كما لو كانا من جنسين.

فصل[28. إجارة الظئر]

يجوز أن يستأجر الظئر[3]، وكل أجير بطعامه وكسوته ويكون له ما يكون لمثله من الوسط[4] خلافاً للشافعي في منعه ذلك في كل أجير[5]، ولأبي حنيفة في منعه ذلك في كل أجير عدى الظئر[6].

فدليلنا أن الأعواض في المنافع يقوم العرف فيها مقام الشرط والاسم كنفقة الزوجة، وصفة ركوب الراكب في الإجارة؛ ولأنه لما جاز أن تكون النفقة[7] مجهولة وترجع إلى الوسط ويتبع في معرفتها العرف كذلك في الإجارة، وعلى أبي حنيفة[8]؛ لأنه عقد إجارة فصح بالطعام والكسوة اعتباراً بالرضاع.

(1) انظر: المدونة: (448/3)، الكافى(ص 369-370).
(2) انظر: فتح القدير: (209-224/7).
(3) الظئر: المرضع (الكافي، ص 374).
(4) انظر: المدونة: (410/3-412)، التفريع: (187/2)، الكافى (ص 374-375).
(5) انظر: الأم: (25/4-38)، مختصر المزني (ص: 26)، الإقناع: (ص: 100).
(6) انظر: مختصر القدورى – مع شرح الميداني: (101/2).
(7) في (ق): القيمة.
(8) أبي حنيفة: سقطت من (م).

فصل[29. إذا اكترى دابة ولم يسم ما يحمل عليها]

إذا اكترى دابة ولم يسم ما يحمل عليها، فالكراء فاسد[1]؛ لأن المنفعة المستأجر عليها مجهولة فيكون غرراً؛ لأن الأشياء المحمولة تختلف في الإضرار بالدابة، لأن حمل القطن والثياب أقل إضراراً من حمل الصخر والحديد، والأجرة مختلفة متفاوتة، وكذلك كراء الركوب بخلاف كراء الحمل، فإذا لم تكن المنفعة المكتري لها معلومة لم يصح.

فصل[30. إذا اكترى أرضاً ليغرس فيها فانقضت مدة الإجارة]

إذا اكترى أرضاً ليغرس فيها فانقضت مدة الإجارة: فإن صاحبها مخير بين أن يأخذ المستأجر بالقلع ولا شيء عليه من أجرة القلع، أو يعطيه قيمة الغراس مقلوعاً أو يبقيه في الأرض ويكونا شريكين[2]، خلافاً للشافعي في قوله: إنه ليس له أن يطالبه بقلع الغراس إلا بعد أن يعطيه أرش القلع[3]؛ لأن الإجارة تقضي تسليم الأرض بعد انقضاء المدة فارغة من تعلق حق للمستأجر لها ويقل ما شغلها به، أصله إذا كان فيها متاع أو طعام، فإنه يؤمر بقلعه، ولأن فائدة حصر العقد بالمدة تقدير المنفعة المستوفاة بها وانقطاعها فيما بعدها، وفي تبقية الغراس بعد المدة إبطال لفائدة التحديد والتقدير وخلافاً لموجب العقد.

فصل[31. إجازة نزو الفحل]

يجوز أن يؤاجر الرجل فحله من إبله أو بقره أو غيرها على أن ينزوا[4] أكواماً معلومة[5] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[6]؛ لأنه نوع من المنفعة

(1) انظر: المدونة: (427/3)، التفريع: (186/2-188)، الكافي (ص: 371-372).
(2) انظر: المدونة: (463/3)، التفريع: (184/2-185)، الكافي (ص: 378.).
(3) انظر: مختصر المزني (ص: 129-130)، الإقناع: (ص: 101).
(4) النزو: الوثوب (المصباح المنير ص: 601).
(5) انظر: المدونة: (401/3).
(6) انظر: مختصر القدوري – مع شرح الميداني: (100/2)، المهذب: (401/1).

كالركوب لأن كل منفعة ملك إباحتها للعين بغير عوض وملك منعه إياها، فإن المعاوضة جائزة كالحمل، ولأن ذلك بمنزلة أن يستأجر رجلاً يلقح له نخلة فيقول: لأن فعل يراد لحمل أُنثى ينتفع به تجوز إباحته بغير عوض، فجاز بعوض أصل التلقيح.

فصل[32. استئجار الأجير شهراً بدينار على أن يعطيه الأجير كل يوم درهماً]

لا يجوز للرجل[1] أن يستأجر الرجل الأجير شهراً بدينار[2] على أن يعطيه الأجير كل يوم درهماً أو أقل أو أكثر[3]، لأن ذلك فضة بذهب متأخرة، ولأنه عمل وفضة بذهب.

فصل[33. يكتري الدار في رمضان لذي القعدة]

يجوز أن يكري داره في رمضان لذي القعدة، فتكون هذه الإجارة بعد العقد بشهر أو ما يقاربه[4] خلافاً للشافعي في قوله: لا يجوز إلا أن تكون المدة عقيب العقد بلا فصل[5]؛ لأن الإجارة عقد على ما لم يخلق من المنافع، فجاز أن يتأخر شرط المدة واستيفاؤها ما لم يعد ذلك بتعذر قبضها عند الحاجة؛ ولأنه لو عقد على هذه الدار شهراً أو على شهر بعده لجاز كذلك في مسألتنا؛ لأنه قد حصل العقد للشهر الثاني قبل مضي الأول، فلا فرق بين أن يكون الأول داخل في العقد أو خارجاً عنه.

فصل[34. بيع العين المستأجرة من المستأجر وغيره]

يجوز المؤاجرة أن يبيع العين المستأجرة من المستأجر وغيره إن بقي من مدة الإجارة ما لا يكون غرراً يخاف تغيرها في مثله[6]،خلافاً لأبي حنيفة

---

(1) للرجل: سقطت من (ق).
(2) الأجير شهراً بدينار: سقطت من (م).
(3) انظر: المدونة: (450/3)، التفريع: (186/2)، الكافى (ص: 373-374).
(4) انظر: المدونة: (452/3)، الكافى (ص: 368-369).
(5) انظر: الأم: (27/4-29)، مختصر المزني:(ص: 126-127)، المهذب: (399/1-400).
(6) انظر: المدونة: (433/3)، والرسالة (ص: 219)، الكافي (ص 368 - 369).

وأحد قولى الشافعي[1]، لقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾[2]، ولأنه ليس في بيعها إبطال حق المستأجر؛ لأن المشتري إنما يسلمها[3] بعد إنقضاء مدة الإجارة فكل تصرف لا يبطل حق المستأجر لا يمنع، أصله إذا باعها منه؛ ولأنه عقد على منفعة فلم يمنع العقد على الرقبة أصله إذا باع أمة قد زوجها.

فصل[35. إجارة الدور وسائر العقار أكثر من سنة]

تجوز إجارة الدور وسائر العقار أكثر من سنة[4]، وقال الشافعي في أحد قوله: لا يجوز[5]، فدليلنا أنها مدة تبقى المنافع إليها ويمكن استيفاؤها كالسنة.

إذا استأجرها عشر سنين بأجرة معلومة لجملة المدة جاز ولم يلزم أن يعين ما لكل سنة خلافاً للشافعي؛ لأنها مدة تجوز الإجارة إليها فوجب أن يكون ذكر الأجرة لجملتها مغنياً عن ذكر ما يقابل تفصيلها أصله السنة والشهر.

فصل[36. ضمان ما حمله المستأجر]

ومن استؤجر لحمل ما سوى الطعام فادعى تلفه أو كسره فلا ضمان عليه؛ لأن الأجير مؤتمر كالوكيل والرسول، فإن استؤجر على حمل طعام ضمن إن ادعى تلفه[6]، خلافاً لمن منع ذلك[7]؛ لأن العادة جارية بأن الأكرياء يتسرعون إلى أكل الطعام الذي في أيديهم لدناءة نفوسهم، ويحملون على أن نفوس الناس [8] وأهل المروءات والأقدار يأنفون من أن

(1) انظر: مختصر الطحاوى (ص: 131)، الأم: (4/28-29).
(2) سورة البقرة، الآية: 275.
(3) في (ق): سلمها.
(4) انظر المدونة: (3/450-454)، الكافي (ص: 369).
(5) مختصر المزني (ص: 128- 129).
(6) انظر: المدونة: (3/413-436)، الرسالة (ص: 219)، الكافي (ص: 371).
(7) في أحد قولي الشافعي، وروي عن عطاء وطاوس وزفر (انظر المهذب: 1/408).
(8) في (م): ويحيلون على أنفسهم الناس.

يطلبوهم بمثله من المأكولات لا سيما العرب مع كرمهم وعزة نفوسها واعتيادها بذله والسماحة به، وفي ذلك إضرار بالناس وليس كذلك العروض وغيرها؛ لأنه لا يقبح في العادة المطالبة بها، وإن قل ما يستأجر على حمله منها، ولا جرت عادة الأكرياء بالتسرع إلى تناولها كما جرت عادتهم بذلك في الطعام، ولأن بالحجاز يتنافس في الطعام لضيق العيش هناك وشدة الحاجة إليه فلو لم يضمن الأكرياء لتسرعوا إلى تناوله ولحق الناس الضرر، وإذا استؤجر على حمل شيء فتلف منه من غير تعد ولا تفريط فلا ضمان عليه لأنا قد بينا أنه مؤتمن فلا يضمن إلا بالتعدي والتقصير في ترك التحفظ[1].

فصل[37. إذا ساق الدابة بالعصى وضربها فعطبت]

إذا ضرب الدابة أو ساقها بالعصى على عادة الناس من غير خرق فعطبت لم يضمن[2] خلافاً لأبي حنيفة[3]؛ لأن العرف جار به بأنه لا بد للدابة من سوق وزجر على السير، والضرب بالمعروف على قدر الحاجة، فكان هذا القدر مأذوناً فيه فلم يضمن ما حدث عنه.

فصل[38.إذا غرقت السفينة المستأجرة لحمل الطعام]

إذا استأجر سفينة لحمل طعام فغرقت فلا ضمان عليه[4] خلافاً لأبي حنيفة[5]؛ لأن الملاَّح لم يتعد فأشبه أن تغرق بالموج والريح، وقياساً عليه إذا كان صاحبه معه.

---

(1) في (ق): الحفظ.
(2) انظر: التفريع: (184/2-185)، الكافي (ص: 371).
(3) انظر: مختصر القدورى – مع شرح الميداني: (92/2).
(4) انظر: التفريع: (187/2)، الرسالة (ص: 219)، الكافي (ص: 372).
(5) انظر: مختصر الطحاوى (ص: 129- 130)، مختصر القدورى – مع شرح الميداني: (93/2).

فصل[39.في الكراء ممن غرقت سفينته]

واختلف في كرائه فقيل: لا شيء له[1]، وقيل له: من الأجرة بقدر ما مضى من المسافة، فوجه الأول[2] أن العرف جار في مثل ذلك بأنه على البلاغ؛ لأنه جار مجرى الجعل: كأنه يقول إذا بلغت بالطعام إلى موضع كذا وكذا[3] فهذه الأجرة لك، فإذا لم يحصل الفرض لم يستحق شيئاً، ووجه الآخر إنه إجارة وليس بجعل لأن العمل والأجرة مقدران، فكان له من الأجرة بحساب ما مضى كسائر الإجارات.

فصل[40.إذا اكترى إبلاً إلى الحج فأخلفه الجمال]

إذا اكترى إبلاً إلى الحج فأخلفه الجمَّال[4]: فإن المكتري يأتي الإمام ويقيم عنده البينة فإن كان الجمَّال له[5] مال تكارى له الإمام عليه؛ لأن القضاء على الغائب واجب إذا التمس ذلك صاحب الحق، وإذا لم يكن للجمَّال مال لم يتكارى عليه[6] لأنه لا يحصل لمن يتكارى منه عوض ما يكترى منه[7]، فإن كان المكتري هو الذي هرب فالجمَّال أيضاً يقيم البينة ويكري الإمام مكانه رجلاً إن كان اكترى للركوب أو حمولة مثله إن كان اكترى للحمل بسعر الوقت يوم الحكم ويكون على الهارب ضمان نقصان إن كان في الكراء وله زيادة إن حصلت ويدفع الأجرة إلى الجمَّال، فإن تعذر ذلك إلى فوات الحج فقد انفسخ العقد لأن الإجارة ها هنا متعلقة بزمان، والمنافع المختصة بالأزمان لا يصح فيها القضاء، والتراد واجب بينهما والكراء في

(1) في (ق): عليه.
(2) في (م): الأولى.
(3) كذا: سقطت من (م).
(4) الجمال: صاحب الجمل والعامل عليه (المعجم الوسيط: 36/1)
(5) في (م): للجمال.
(6) انظر: المدونة: (3/441-443)، الرسالة (ص: 219)، الكافي (ص: 372).
(7) عوض ما يكترى منه: سقطت من (م).

غير الحج بخلاف ذلك لأن العادة لا تخصه بزمان فلا ينفسخ العقد، وتكون الحمولة له أي وقت وجده.

فصل[41. في عدم ضمان الراعي ما هلك من الغنم]

لا يضمن الراعي ما هلك من الغنم؛ لأنه أمين كالوكيل، فإذا ذبح شاة وادعى أنه خاف عليها الموت ففيها روايتان: إحداهما وجوب الضمان، والأخرى نفيه[1] فوجه الوجوب أنه متعمد بذبحها؛ لأنه لم يؤمر بذلك، وإنما هو مؤتمن فيما أذن له فيه لا في غيره، ووجه النفي فلأن التهمة زائلة عنه في العادة، والعرف يشهد أن في فعله مصلحة فلم يضمن.

فصل[42. سقوط الضمان على صاحب الحمام]

لا ضمان على صاحب الحمام[2]؛ لأنه لم يسلم إليه[3] ما يلزم فيه ضمان، وإن كانت الثياب سلمت إليه فلا ضمان عليه؛ لأنه أمين كالمودع إذا قبضه الثياب لمنفعة ربها دون منفعة نفسه.

فصل[43. من استعار عبداً بغير إذن سيده أو صغيراً بغير إذن وليه]

من استعار عبداً بغير إذن سيده أو صغيراً بغير إذن وليه في شيء فتلف فيه فينظر[4]، فإن كان مما يتلف في مثله ولا يلحق ضرر بالاستعانة فيه فلا يضمن ما كان عنه مثل: أن يقول: ناولني هذه المروحة أو هذه الخرقة أو ما أشبه ذلك؛ لأن ضرورة العادة قاضية بأن مثل هذا لا يكون منه تلف وأن الناس يتسامحون به فيما بينهم فلا ضمان فيه إن كان عنه تلف ولا أجرة فيه مع السلامة، وإن كان الشيء المستعان فيه مما له بال وخطر وتطلب الأجرة في مثله فهو متعد بذلك، ولولي الصغير وسيد العبد مطالبته بالأجرة

(1) انظر: المدونة: (408/3)، التفريع: (187/2)، الكافي (ص: 374).
(2) انظر: الرسالة (ص: 219)، الكافي (ص: 375).
(3) في (م): لم يتسلم ما يلزم.
(4) انظر: الرسالة (ص: 231)، الكافي (ص: 408)، المقدسات: (473/2-474).

إن سلم لأنه استوفى منافع لها قيمة بغير إذن من إليه[1] الإذن فيها، فكان ضامناً للبذل فيها بتعديه، وإن كان عن ذلك تلف ضمن دية الحر وقيمة العبد لأنه سبب تلفها باستعمالها على وجه التعدي.

فصل[44.في تضمين الصنَّاع]

الصنَّاع المؤثرون بصنائعهم في الأعيان: كالقصارين والصباغين والصاغة وغيرهم ضامنون بما أسلم إليهم مما يستأجرون على عمله إذا غابوا عليه، ولا يقبل قولهم في تلفه، فإن قامت لهم[2] بينه به سقط الضمان عنهم عند مالك وابن القاسم ولا يسقط عند أشهب وسواء عملوا بأجر أو بغير أجر، ولا يضمنون ما لم يقضوه ويحملوه إلى منازلهم، وإذا سقط الضمان عنهم، ففي وجوب الأجرة لهم خلاف: قال ابن القاسم: ليس لهم أجرة، وقال ابن المواز: تكون لهم الأجرة[3].

فصل[45.دليل تضمين الصناع في الجملة]

وإنما قلنا: إن الصنَّاع في الجملة يضمنون خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[4] في تفريقه[5] بين الخاص[6] والمشترك؛ لأن ذلك إجماع الصحابة، وروي عن عمر وعليّ وقال عليّ: لا يصلح الناس إلا ذلك[7].

ولأن في ذلك مصلحة ونظر للصنَّاع وأرباب السلع، وفي تركه ذريعة إلى إتلاف الأموال وذلك أن بالناس ضرورة إلى الصناع إذ ليس كل أحد يحسن

---

(1) في (م): له.
(2) في (ق): له.
(3) في جملة أحكام تضمين الصناع انظر: المدونة: (372/3-378)، التفريع: (189/2)، الرسالة: (ص: 219)، الكافي: (ص: 375-376).
(4) انظر: مختصر الطحاوى (ص: 130)، الإقناع، (ص: 100)، خلافاً للشافعي في أحد قوليه (انظر: مختصر المزني ص: 127).
(5) في (ق): تفريقهم.
(6) في (م): الحاضر.
(7) أخرج هذه الآثار البيهقي: (122/6-123)، عبد الرزاق: (217/8-218)، والمحلى: (202/8).

أن يخيط ثوبه أو يقصره أو يطرزه، فلو قبلنا قولهم: في الإتلاف مع علمهم بضرورة الناس إليهم لتسرعوا إلى ادعائه ولأُجبروا على الناس وللحق أرباب السلع أشد ضرر، فكان الحظ للجميع دفعها على التضمين، ولأنه قبض العين لنفع نفسه من غير استحقاق للأجر بعقد متقدم فلم يقبل قوله في تلفها كالمقترض والمستعير.

وإنما شرطنا في ذلك أن يتسلموه ويغيبوا عليه؛ لأنهم إنما يضمنون بالقبض، فإذا لم يسلم إليهم وكانوا في منازل أرباب السلع أو كان أرباب السلع معهم، فلم ينفردوا[1] بقبض يتهمون فيه بادعاء التلف فلا وجه للتضمين مع عدم موجبه.

فصل[46. في وجه إسقاط الضمان عنهم ووجه إيجابه]

ووجه إسقاط الضمان عنهم فيما يعلم بالبينة صدقهم فيه أنه أجير ثبت هلاك ما دفع إليه من تفريط فأشبه الخاص[2]؛ ولأن التهمة زائلة مع قيام البينة.

ووجه إيجابه عليهم أن أصل قبضهم هو على الضمان فلم يسقط عنهم حسماً للباب؛ لأن[3] ما طريقه المصلحة وقطع الذريعة لا يتخصص[4] بالأعيان كمنع قبول[5] شهادة الأب لأبنه.

وإنما لم نفرق بين ما عملوه بأجر أو بغير أجر خلافاً لأبي حنيفة؛ لأن تركه الأجر لا يخرجه عن سنة الصناع في الضمان كما لو عملوه بأجر ثم

(1) في (م): يتقدروا للقبض.
(2) في (ق): الحاضر.
(3) في (ق): كان.
(4) في (م): لا تنخفض.
(5) قبول: سقطت من (م).

وهبه له، ولأنه صانع قبض السلع ولم تتم له بينة على تلفها كما لو عملها بأجر.

فصل[47. في وجه سقوط الأجرة فيما علم هلاكه]

ووجه سقوط الأجرة فيما علم هلاكه بغير صنعتهم أن المالك لم يسلم له غرضه الذي تلزمه الأجرة في مقابلته فأشبه أن يهلك بتفريط من الصنَّاع، ولأن الإجارة بيع منافع الأعيان[1]، ولو تلف المبيع الذي يتعلق له حق توفيه قبل تسليمه إلى المشتري لم يلزمه ثمنه كذلك في مسألتنا.

ووجه إيجابها أنه أجير وفَّا عمله فسقط ضمانه فكان له الأجر أصله الخاص[2]، ولأن الأجرة في مقابلة العمل دون سلامة السلعة فإذا حصل العمل وجب استحقاق الأجرة أصله إذا حصلت عنده.

فصل[48. في اختلاف الصانع ورب السلعة في العمل]

إذا اختلف الصانع ورب السلعة في العمل: فقال الصانع: أمرتني بكذا مثل الخياط يقول: أمرتني بقطع الثوب قميصاً، ويقول ربه: بل قباء، فالقول قول الخياط إذا أتى بما يشبهه[3] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[4]؛ لأن اليمين يتوجه على أقوى المتداعيين سبباً والخياط أقوى سبباً لأنه مأذون في التصرف ومؤتمن[5] عليه، فكان القول قوله مع يمينه، ولأن الظاهر معه، لأنهم إنما يعملون الصنعة على أمر رب المال ويستحقون العوض في مقابلتها وبإزاء، إمكان الغلط عليهم وادعائهم ذلك على أرباب السلعة (لئلا تفوتهم الأجرة،

---

(1) في (ق): كالأعيان.
(2) في (ق): أصله الخاص.
(3) انظر: المدونة: (3/375-376).
(4) انظر: مختصر الطحاوى (ص: 130) ، مختصر المزني (ص: 128).
(5) في (ق): مأمون.

[ولأن]: [1] أربـاب السـلع)[2] ومحبـتهم ألا يصـل إلى الصـنَّاع أجـره فيسـقط الاحتمالان، ويبقى الظاهر.

(1) بياض: في (ق).
(2) ما بين قوسين : سقط من (م).

باب: في الجعالة

الأصل في جواز الجعل[1] قوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾[2]، وقوله ﷺ: للذي رقى فأخذ عليه جعلاً من أكل يرقيه باطل: "فلقد أكلنا[3] برقية حق"[4]، وكأن الجعالة كانت قبل الإسلام وأقرها النبي ﷺ ولم ينكرها ولا نهى عنها.

فصل [1. صفة الجعل]

وصفة الجعل: أن تكون الأجرة مقدرة والعمل غير مقدر، فمتى قدر العمل لم يكن جعلاً وصار إجارة، ولم يجز إلا فيما لا يتقدر من الأعمال، وصفته فيما لا يتقدر أن يجعل جعلاً في المجئ بعبده الآبق وبعيره الشارد: فإن جاء به استحق الجعل المقدر له وإن لم يأت به فلا شيء له، ولا يجوز ضرب أجل في ذلك[5]؛ لأنه يخرجه عن بابه (لأن وقت إصابته غير معلوم ولا يدري هل يكون أم لا)[6].

فصل [2. في حكم عقد الجعالة من حيث اللزوم والجواز]

الجعل جائز وليس بلازم إلا أن يشرع المجعول له في العمل فيلزم[7]؛ وذلك لأن العمل جار فالجواز فيه دون اللزوم فلم يجز إخراجه عن بابه، وإذا شرع

---

(1) الجعل: هو عقد معاوضة على عمل آدمي بعوض غير ناشئ عن محله به لا يجب إلا بتمامه (الرصاع على ابن عرفة ص: 402).
(2) سورة يوسف، (الآية: 72).
(3) في (م): أكلت.
(4) أخرجه أبو داود في الطب باب كيف رقى (220/2)، وأحمد (211/5).
(5) انظر: المدونة: (419/3-422)، التفريع: (190/2)، الرسالة: (ص: 218)، الكافي: (ص: 276).
(6) ما بين قوسين: سقط من (ق).
(7) انظر: التفريع: (190/2)، الكافي: (ص: 377).

في العمل فقد حصل أخذ الطرفين فلا يجوز إبطاله[1]، وإنما يجوز عندنا في الشيء الخفيف الذي لا خطر له أو لا ينحصر بأجرة، فأما ما يمكن أن يعقد عليه إجارة فيه أولى لأنها أبعد عن الغرر، ولأن العقد ينحصر من الطرفين فكان أولى.

فصل[3.عدم جواز كون الأجرة في الجعل مجهولة]

لا يجوز أن تكون الأجرة في الجعل مجهولة[2]؛ لأنه غرر، ولأن الجهل يدخل العقد من الطرفين، ولأن الجهل في العمل إنما يجوز للضرورة إليه؛ لأنه لا يمكن حصره ولا ضرورة إلى ذلك في الجعل، فمن ذلك أن يجعل لمن جاء بعبده الآبق أو جمله الشارد نصفه لا يجوز؛ لأنه لا يعرف صفته وقت المجيء به.

يجوز حصاد الزرع وجذاذ الثمر بنصفه لأنه معلوم، وإن قال: أحصده فما حصدت من شيء فلك نصفه وثلثه[3]، فجائز أيضاً لأنه معلوم، ولأن كل جزئين من الزرع مستحق بإزائها جزء منه، فإن قيَّد ذلك بزمان بعينه مثل: أن يقول احصد زرعي هذا اليوم، فما حصد منه فلك نصفه: فقيل: لا يجوز لأن قدر ما يحصد في اليوم غير معلوم، وقيل: يجوز؛ لأن الأجرة في الجملة مقدرة. فأما نفض الزيتون بنصف ما يسقط منه: فإن أراد تحريك الشجرة وله نصف ما يسقط فذلك مجهول، وإن أراد الجميع جاز.

فصل[4.فيمن جاء بآبق أو شارد ابتداء ثم طلب الأجر]

من جاء بآبق أو شارد ابتداء ثم طلب الأجر: فإن كان ذلك شأنه وعادته ويعلم أنه يتكسب به فله أجرة مثله بقدر تعبه وسفره وتكلف

---

(1) فلا يجوز إبطاله: سقطت من (ق).
(2) انظر: المدونة: (3/419-420)، التفريع: (2/190)، الرسالة: (ص: 218)، الكافي: (ص: 276).
(3) انظر: التفريع: (2/190).

طلبه[1]، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما: إنه متطوع لا شيء له[2]؛ لأن منافعه فيما لو أضاعه ربه لعُدَّ سفهاً منه يوجب له الأجر عليها أصله لو سقط من موضع عال أو وقع في بئر فأخرجه، فأثبت ذلك فله أجر مثله لأنه ليس هناك مسمى، فإن أبى صاحب العبد أن يدفع إليه خلا بينه وبين العبد لأن امتناعه من ذلك رضا بإسلام[3] العبد، وإن علم أن ذلك ليس من شأنه وعادته أنه يرتفع عن مثله وإنما فعله على وجه الحسبة واكتساب المودة فليس له أجرة إن طلبها؛ لأن دعواه لذلك ينافي ظاهر حاله، فكأنه ندم فاستدرك ندمه فلا يستحق شيئاً.

فصل[5. مشارطة المعلم على تعليم الصبي القرآن، ومشارطة الطبيب على برء العليل]

تجوز مشارطة المعلم على تعليم الصبي القرآن على الحذاق، ومشارطة الطبيب على برؤ العليل[4]؛ لأن الضرورة تدعو إلى ذلك فجُوِّز لأجلها إذا كان مقامه في التعليم غير معلوم، وبرء العليل غير معروف المدة.

فصل[6. الجعالة على حفر الآبار]

يجوز[5] الجعل على استخراج المياه في الآبار والعين على صفة معلومة ومعرفة بعد الأرض وقربها وشدتها ولينها، فإن لم يعرف ذلك لم يجز[6]؛ لأنها معاوضة على عمل مجهول لا تدعو ضرورة إليه، وإن لم يأت الماء فلا شيء له إلا أن يكون رب الدار[7] قد انتفع بشيء من عمله فتكون له الأجرة بقدره.

---

(1) انظر: التفريع: (190/2).
(2) انظر: المبسوط: (17/11)، المهذب: (418/1).
(3) في (م): بتسليم.
(4) انظر: التفريع: (186/2)، الرسالة: (ص: 219،)الكافي: (ص: 3740).
(5) يجوز: سقطت من (ق).
(6) انظر: المدونة: (421/3)، التفريع: (190/2-191)، الرسالة: (ص: 218- 219)، الكافي: (ص 77).
(7) في (م): الأرض.

كتاب القراض[1]

لا خلاف بين الأمة في جواز القراض في الجملة[2]، وإن اختلفوا في كثير من أحكامه، وروى عن عمر رضي الله عنه وعثمان وعلي[3]، وكثير من الصدر الأول، ولأن الضرورة داعية إليه لأن بالناس حاجة إلى التصرف في أموالهم وتنميتها والتجارة فيها، وليس كل أحد يقدر على ذلك بنفسه فدعت الضرورة إلى استنابة غيره.

وإنما لم[4] يدخل في ذلك من يدخل فيه بأجرة[5] معلومة؛ لأن العادة جارية من عهد الجاهلية إلى هذا الوقت بأن يعمل العامل في القراض بجزء من الربح فلما كان الأمر كذلك وجبت الرخصة فيه على نحو ما رخص في المساقات، والأصل في البابين متقارب.

فصل [1. صفة القراض]

وصفة القراض: أن يدفع الرجل مالاً إلى غيره ليتجر فيه ويشتري ويبيع ويبتغي من فضل الله تعالى ويكون الربح بينهما على جزء يتفقان عليه من قليل أو كثير على ما نبينه.

---

(1) **القراض**: مأخوذ من القراض، وأصل القرض ما يفعله الرجل ليجازي عليه من خير أو شر هذا في اللغة، أما في الاصطلاح فهو: تمكين مال لمن يتجر به بجزء من ربحه لا بلفظ الإجارة (انظر: المقدمات: 5/3، حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع ص: 379) ويسمى عند أهل العراق مضاربة.

(2) انظر: الإجماع: (ص: 124)، المحلي، (116/9)، بداية المجتهد: (493/7)، شرح النووي لمسلم: (420/6).

(3) انظر: الموطأ: (687/2-688)، مصنف عبد الرزاق: (248/8).

(4) في (م): وربما.

(5) في (ق): بأجارة.

فصل[2.فيما يجوز القراض به]

ولا يجوز القراض إلا بالدراهم والدنانير[1]؛ لأنهما أصول الأثمان التي تتمول ويفزع إليها التعامل والبيع والشراء وقيم المتلفات، وعنه[2] في جوازه بالتبر والنقار روايتان[3]: وابن القاسم يحمل المنع على الكراهية ويقول: إن نزل أمضيته.

فوجه الجواز أنه عين مال ذهب أو فضة لم يخرج عن حكم التعامل به كالمضروب، ولأنه ليس في كونه نقاراً أكثر من عدم الضرب، والسكة لا تأثير لها في الجواز ولا في المنع، بدليل أن حكم تعلق بالذهب والفضة إذا كانا مسكوكين تعلق بهما إذا كانا تِبرين من منع التفاضل ومنع الافتراق في الصرف قبل القبض وغير وذلك، ولا يلزم عليه جواز بيع النقار جزافاً ومنعه في المضروب؛ لأن ذلك لمعنى يرجع إلى الغرر وكثرته في المسكوك.

ووجه المنع أنها ليست بأثمان على ما هي عليه وإنما يصير أثماناً متعاملاً بها بعلاج وصنعة، فإذا لم تصر أثماناً فهي في حكم العروض، ولأن العامل يحتاج إلى بيعها لتصير أثماناً، ولولا عقد القراض لم يفعل[4] ذلك ولا يخلو أن يكون بأجرة أو بغير أجرة، فإن كان بغير أجرة كان ذلك زيادة أرادها رب المال عليه وذلك غير جائز لأن موضوعه على التساوي، وإن كان بأجرة حصل منه قراض وعقد إجارة، والقراض وما جرى مجراه من العقود الخارجة عن أصولها لا ينضم إليها غيرها.

---

(1) انظر: الموطأ: (698/2)، المدونة: (46/4)، التفريع: (194/2)، الرسالة: (ص 220)، الكافي: (ص 384).
(2) يعني عن الإمام مالك – رحمه الله –.
(3) انظر: المدونة: (47/7)، التفريع: (194/2)، والمشهور في المذهب جوازه (الفواكه الدواني: 174/2).
(4) في (م): لم يضر.

فصل[3.في عدم جواز القراض بشيء من العروض والحيوان]

ولا يجوز القراض بشيء من العروض والحيوان وما عدى الذهب والفضة[1] خلافاً لابن أبي ليلى[2]؛ لأن القراض عقد خارج عن الأصول؛ لأن الغرر يدخله من وجوه كثيرة منها: أنه إجارة مجهولة وأن العامل لا يدري هل يكون في المال ربح أو خسران إلا أنه[3] جوِّز للضرورة، فوجب أن يجوز منه قدر ما جوزه الشرع فقط، ولأن رأس المال لابد من معرفته فلا يخلو أن يكون هو نفس العرض أو قيمته:

فإن كان نفس العرض فالغرر يعظم والمقصود من الربح لا يحصل لأن العامل يأخذ السلعة وقيمتها ألف فيردها وهي تساوي خمسة آلاف وفي ذلك تلف أجرته وإلحاق الضرر به، وقد يأخذها تساوي ألفاً فيردها تساوي مائة وفي ذلك تلف رأس المال، وإن جعلا رأس المال قيمة السلعة بطل لأمرين:

أحدهما أن رب السلعة شرط على العامل العمل بها لا أن يبيعها، وهذه زيادة منه عليه، وذلك غير جائز.

والآخر أنه لا يخلو الاعتبار أن يكون بقيمتها وقت العقد أو وقت المعاملة[4]، وأي ذلك كان ففيه ما يؤدي إلى إتلاف[5] المال وذهاب عمل العامل وكل ذلك إضرار وغرر، فإن نزل فسخ ما لم يعمل، فإن لم يفسخ حتى عمل فللعامل أجرة المثل في بيع العرض[6]، وقد اختلف قوله[7] فيما يجب له في القراض الفاسد ونحن نذكره فيما بعد إن شاء الله[8].

---

(1) انظر: المدونة: (47/4)، التفريع: (194/2)، الرسالة: (ص:220)، الكافي: (ص: 384).
(2) انظر: المغني: (17/5)، مجموع فتاوي ابن تيمية: (91/30).
(3) في (م): إن غير أنه.
(4) في (م): المفاضلة.
(5) في (م): تلف.
(6) في (م): العروض.
(7) في (م): وقد اختلف في قوله.
(8) إن شاء الله: سقطت من (م).

فصل[4.في كون القراض عقد أمانة]

القراض عقد أمانة: فإن كان هناك ربح اقتسماه على شرطهما، فإن لم يكن ربح ولا وضيعة ونض[1] رأس المال وأراد العامل أو رب المال فسخ العقد، فذلك له، وكذلك لو أراده قبل العمل؛ لأنه عقد جائز وليس بلازم إلا أن يشرع[2] العامل في العمل، فلا يكون لأحدهما فسخه إلا برضاء الآخر لتعلق حق كل واحد منهما به، وإن كان فيه وضيعة فمن مال[3] رب المال إلا أن يكون بتعدٍ من العامل فيلزمه بتعديه، فإن شرط رب المال على العامل ضمان الخسران كان العقد فاسداً[4] خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن القراض صحيح والشرط باطل[5]؛ لأن أصل القراض موضوع على الأمانة، فإذا شرط فيه الضمان فذلك خلاف موجب أصله، والعقد إذا ضامه[6] شرط يخالف موجب أصله وجب بطلانه أصله إذا تزوج امرأة وشرط عليها ألا يطأها.

فصل[5. في معنى جواز القراض بما اتفقا عليه من الأجزاء]

وإنما قلنا: القراض بما اتفقا عليه من الأجزاء قل أو كثر؛ لأنه في معنى الإجارة، والعوض في الإجارة موكول في مقداره إلى تراضيهما، فكذلك القراض.

---

(1) نض: يقال: نض الشيء حصل، ونض الثمن حصل وتعجل، وأهل الحجاز يسمون الدراهم والدنانير نضاً (انظر المصباح المنير ص: 610).
(2) في (ق): إلا بشرع.
(3) مال: سقطت من (م).
(4) انظر: الموطأ: (691/2)، المدونة: (49/4)، التفريع: (195/2)، الرسالة: (ص: 220).
(5) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 124-125)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (127/2-130).
(6) في (م): أصابه.

فصل[6. اشتراط جميع الربح لأحدهما]

يجوز القراض بشرط أن يكون جميع الربح لأحدهما[1] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[2] في قولهما: إن العقد فاسد، ولأبي حنيفة[3] في قوله: إنه إذا كان بشرط جميع الربح للعامل كان قرضاً لا قراضاً، لأن تقدير الربح موكول إلى تراضيهما، فجاز لأحدهما تركه للآخر، ولا يجوز أن يصير[4] قرضاً؛ لأن رب المال قصد أن يكون قراضاً فلا يجوز أن يضمن العامل لأجل أن رب المال أسقط حقه من الربح.

فصل[7. في عدم جواز القراض إلى أجل يلزمه العمل به]

ولا يجوز قراض إلى أجل يلزمه العمل به إلى ذلك الأجل[5]؛ لأن القراض عقد جائز فإذا شرط فيه اللزوم كان ذلك[6] خلاف مقتضاه ووجب فساده، ولأن ذلك زيادة من أحدهما على الآخر وذلك غير جائز.

فصل[8. في نفقة العامل في القراض]

لا نفقة للعامل إذا كان حاضراً[7]؛ لأنه لم يتعلق عليه لأجل المال ما يحتاج معه إلى زيادة نفقة؛ لأنه لو لم يكن بيعه قراض لكان لابد أن ينفق على نفسه وعياله، ولأن ذلك زيادة منه على رب المال فلم يجز، وله النفقة إذا سافر والكسوة التي لو لا الخروج بالمال لما احتيج إليها في الحضر خلافاً للشافعي وغيره[8]؛ لأنه لم يدخل علة وجه التبرع وإنما سافر طلباً للفضل فلو ألزمناه مؤنة السفر من ماله لأحاطت نفقة سفره بربحه المشترط له

(1) انظر: الموطأ: (690/2)، المدونة: (47/4)، التفريع: (193/2-194).
(2) انظر: مختصر الطحاوى (ص: 134)، مختصر المزني (ص: 123)، المهذب: (386/1).
(3) ما بين قوسين: سقط من (ق).
(4) في (م): يكون.
(5) انظر: الموطأ: (196/2)، الكافى: (ص:386).
(6) ذلك: سقطت من (م).
(7) انظر: الموطأ: (196/2)، المدونة: (49/4-51)، التفريع: (194/2)، الرسالة: (ص:220)، الكافى: (ص:385).
(8) انظر: مختصر المزني ص: 122، الإقناع، (ص: 109)، والمهذب: (387/1).

وزادت عليه، لأن سفره لما كان لأجل المال صار كبعض كُلَفِ المال ومؤنته، وكذلك البهائم تحمل متاعه، ولأن ذلك يكون زيادة من رب المال عليه وذلك غير جائز، وكذلك إذا كان أعرابياً أقام في الحضر لأجل المال فله النفقة في إقامته كنفقة الحاضر إذا سافر.

فصل [9. في كون النفقة ملغاة من الفضل]

إذا ثبت ما ذكرناه، فهذه النفقة ملغاة من الفضل كبعض المؤن ثم يقتسمان الفضل الباقي بعدها اعتباراً بأجرة الأجراء وكراء البهائم لنقل المتاع، فإن لم يكن في المال ربح وقد خرجت منه[1] نفقة العامل لم يلزمه غرمها لرب المال لأنا لو ضمناه ذلك كان زيادة من رب المال عليه، واعتباراً بسائر المؤن.

فصل [10. في عدم جواز انضمام عقد آخر إلى عقد القراض]

لا يجوز أن ينضم إلى عقد القراض غيره من بيع أو إجارة أو غير ذلك، ولا برفق يشترط أحدهما ليستبد بمنفعته على الآخر[2]؛ لأن القراض عقد ضيق لا يحتمل الشروط لانفراده عن الأصول، وتجويزه لضرورة فلا يجوز منه إلا قدر ما ورد الشرع به فقط، فمتى زيد عليه ما يخرجه عن باب رخصته بطل.

فصل [11. في سفر العامل بالمال]

للعامل أن يسافر بالمال إن أطلق العقد إلا أن يشترط عليه ترك السفر، وليس له أن يبيع بدين إلا أن يأذن له رب المال، فإن فعل ضمن والفصل بينهما[3]؛ لأن العقد إذا أطلق حمل على مقتضاه وما جرى العرف به وقد

---

(1) منه: سقطت من (ق).
(2) انظر: الموطأ: (691/2)، المدونة: (58/4)، التفريع: (195/2)، الكافي: (ص:386-387).
(3) انظر: المدونة: (61/4-63)، التفريع: (194/2)، الكافي: (ص:386).

عرف أن من عادة التجار التقلب بالمال حضراً وسفراً وطلب النماء فيه بسائر الوجوه، كما أنهم يتقلبون[1] به في سائر السلع بل قد علم من عادتهم أن من السلع ما يبتاع للسفر بها كما أن منها ما يبتاع للتربص به وقت تغير سوقه فلإطلاق محمول على العرف والنسيئة[2] بخلاف ذلك؛ لأن إطلاق العقد لا يقتضي إخراج المال عن يده وتعليقه بذمة غيره وحبسه عليه، فإذا ثبت ذلك ضمن متى أنسأ المال أو شيئاً منه ولم يضمن في السفر إلا أن يشترط عليه تركه، وله ذلك إذا كان مندوحة في الحضر تغنيه عن السفر وكذلك له أن ينهاه عن بعض السلع، ولأن له في غيرها سعة، ولأن نهيه عنها لا يمنعه التقلب في المال وطلب الربح، وليس له أن يقصره على بعض السلع لأن منعه عن سلعة معينة بخلاف قصره على سلعة معينة لأن قصره يمنعه مقتضى العقد والمطلوب به من التقلب في المال ورجاء[3] النماء فيه، لأن ذلك إنما يكون في الاضطرار المتسع فيه دون المضيق إلا أن يكون النوع الذي قصره عليه متسعاً في الوجود يعتمد على مثله ولا يمنع القصر عليه من الربح في المال مأمون العدم في وقت من الأوقات فيجوز.

فصل[12. منع مشاركة العامل غيره في المال]

لا يجوز للعامل أن يشارك غيره في المال[4]؛ لأن رب المال إنما[5] رضي بأمانته في المال[6]، وكون المال في يده ولم يأذن له في تسليمه إلى غيره، فإن

(1) في (ق): يتلفون.
(2) جاء في الإشراف: لأن بالنسيئة قد أخرج المال عن يده، وذلك خلاف مطلق العقد: (58/2). وقال في التلقين: ولا يجوز التأجيل فيه: (412/2).
(3) في (م): طلب.
(4) انظر: المدونة: (54/4)، التفريع: (195/2)، الكافي: (ص:387).
(5) إنما: سقطت من (م).
(6) في (ق): ودام فهو.

فعل وسلم فهما[1] على شرطهما، وإن تلف المال أو وضع ضمن العامل بتعديه.

فصل[13. إذا مات أحد المتقارضين]

إذا مات أحد المتقارضين: فإن كان العامل نُظر: فإن كان مات والمال عين بحاله ما ابتاع به شيئاً فلربه أخذه ولا مقال لورثة العامل سواء كانوا أمناء أو غير أمناء، وليس لرب المال أيضاً إلزامهم العمل بالمال[2]؛ لأن موروثهم لو كان حياً فأراد رد المال وهو عين لكان ذلك له فكذلك الورثة، وإنما لم يكن لهم مقال، لأن الميت لم يتعلق له في المال حق فيجب لهم ما وجب له، وإن كان موته بعد أن اشترى السلع وتصرف في المال، فقد تعلق لكل واحد من الفريقين حق بالمال: أما الورثة فإنهم مخيرون بين أن يعملوا بالمال إن كانوا أمناء قادرين على العمل لا يخاف على المال منهم إتلاف أو إضاعة، فإن لم يكونوا أمناء أو كانوا أمناء[3] إلا أنهم لا يحسنون التصرف بنفوسهم، فإن آتوا بأمين ثقة يبصر العمل ويعرفه لزم تسليم المال إليه، وقام مقامهم في البيع وتصحيح الثمن لرب المال، فإن عجزوا عن ذلك كله سلموا المال ولم يكن لربه مطالبتهم بشيء.

وإنما قلنا: إن لهم المطالبة به لأنه قد تعلق فيه حق الربح الذي يرجونه فيما ابتاعه موروثهم فليس لرب المال إبطاله عليهم والاستبداد به دونهم، ولأنه حق أوجبه عقد معاوضة، فجاز أن ينتقل إلى الورثة كخيار العيب.

وإن قال[4] الورثة لرب المال: نحن نبيع ونوفيك رأس مالك وتخلي بيننا وبين السلع فليس ذلك لهم إلا أن يرضاه[5]؛ لأنه قد تعلق له حق في

(1) في (ق): ودام فهو.
(2) انظر: المدونة: (68/4)، الكافي: (ص:387).
(3) أمناء: سقطت من (م).
(4) في (ق): قالوا.
(5) في (م): برضي.

المبتاع؛ لأنه مشترى بماله، فله من حق الربح مثل ما لهم، وأما إن مات رب المال فإن العامل على حاله فإن مات قبل العمل، فإن كل واحد من الفريقين بالخيار على صاحبه في فسخ العقد والمضي عليه، وإن كان بعد الشراء فليس[1] لأحدهما فسخه إلا أن يرضى[2] الآخر: أما الورثة فإنهم يقولون لما كان لأبينا المطالبة برد ماله عيناً فكذلك لنا مثل ما كان له، وأما العامل فقد تعلق له في المال حق ما يرجوه من الربح ببيعه فليس لهم فسخه عليه.

فصل[14. لكل من المتفاوضين فسخ العقد قبل الشروع]

قد بينا أن لكل واحد من المتقارضين فسخ العقد قبل الشروع في العمل: فإذا عمل العامل فليس لأحدهما المطالبة برده رأس المال إلا أن يرضى الآخر ويلزم العامل التقاضي في البيع حتى يرده عيناً؛ لأن الجزء المشترط من الربح إنما يستحقه بعمله الذي هو البيع والشراء والتقلب بالمال حتى ينمو، وفي رده إياه عروضاً إسقاط أكثر العمل؛ لأن العروض يحتاج إلى كلفة ومؤنة لمن يبيعها إلى أن يحصل عيناً.

فصل[15. إذا خسر في المال القراض ثم عمل به من بعد فربح]

إذا خسر من مال القراض ثم عمل به من بعد فربح نُظر: فإن كان تفاصلاً بعد الخسران لم يجبر الخسران بالربح الثاني وكان رأس المال ما بقي بعد الخسران يجبر من هذا الربح، فإن فضل شيء تقاسماه وإلا لم يكن للعامل شيء ولا يرجع عليه بخسران[3]، وإنما وجب ذلك لأن الحق للعامل في الربح لا في رأس المال ولا يكون ربح إلا بعد حصول رأس المال، فإذا حصل في المال خسران لم يستحق العامل شيئاً، لأنه لا يصل إلى شيء من

---

(1) ليس: سقطت من (ق).

(2) في (م): برضا.

(3) انظر: المدونة: (53/4)، التفريع: (196/2)، الكافي: (ص:387).

الربح إلا إذا وصل رب المال إلى جزئه ولا سبيل إلى ذلك ما لم يكن رأس المال.

فصل[16.في المستحق بالقراض الفاسد]

اختلف قول مالك في المستحق بالقراض الفاسد[1]، فعنه في ذلك[2]، روايتان[3]: إحداهما: أن للعامل قراض المثل، والأخرى: أجرة المثل.

وفصل ابن القاسم فقال: إن كان الفساد من جهة العقد ردَّ إلى قراض المثل وإن كان من جهة الزيادة زادها أحدهما على الآخر رد إلى أجرة المثل.

وذكر ابن الموَّاز عن مالك في العامل يشترط عليه الضمان أن له الأقل من قراض المثل أو مما سمي له من الربح.

فوجه اعتبار قراض المثل في الجملة أن الأصول موضوعة على أن شبهة كل أصل مردودة إلى صحيحه كالنكاح والبيع والإجارة، فكذلك القراض.

فوجه اعتبار أجرة المثل هو: أن كل عقد صحيح يوجب عوضاً مسمى للعامل بالعمل، فإذا كان فاسداً فللعامل أجرة المثل في عمله، أصله الإجارة الفاسدة، والتفصيل الذي ذكره ابن القاسم استحساناً، وليس بقياس.

ووجه اعتبار أقل الأمرين أن قراض المثل وإن كان الأقل فقد رضي به العامل؛ لأنه إذا رضي أن يعمل على أن يكون عوضه على العمل من الربح[4] على الفساد بما ذكرناه، فقد رضي أن يكون له فيما يصح بحسابه، وإن كان المسمى الأقل فليس له زيادة عليه؛ لأن رب المال يقول: أنت

---

(1) المقصود باقراض الفاسد مثل أن يشترط على العامل شروطاً فاسدة كأن يوكله على خلاص دينه، أو وديعته غير أمين، ويجعل ذلك الدين أو ثمن الوديعة قراضاً، والمشهور في هذا أن له أجرة المثل (انظر: الشرح الصغير: 136/4).

(2) انظر: المدونة: (47/4)، التفريع: (196/2- 197)، الكافي: (ص: 387).

(3) والمالكية يقولون: إن كان الفساد تطرق إلى رأس المال يكون فيه أجرة المثل، وأما إن تطرق إلى الربح فيكون فيه قراض المثل.

(4) على العمل من الربح: سقطت من (م).

رضيت بالمسمى عوضاً عن عملك فليس فساد العقد موجباً لك زيادة في العوض.

فصل[17. فائدة الفرق بين أجرة المثل وقراض المثل]

وفائدة الفرق بين أجرة المثل وقراض المثل: أن أجرة المثل تتعلق بذمة رب المال كان في المال ربح أم لا، وقراض المثل يتعلق بربح إن كان في المال، فإن لم يكن فيه ربح فلا شيء للعامل، ومن أصحابنا من يجعل قراض المثل مع الربح وعدمه يفرق بينهما بأن يجعل حظ العامل بقدر ما يساوي عمله مما رضيه عوضاً لو صح العقد فيكون له بقيمة ذلك[1].

فصل[18. عدم المفاضلة في الربح إلا بحضور رأس المال]

لا يتفاضل المتقارضان على الربح إلا بحضرة[2] المال[3] لما بيَّنا أن الربح لا يستحق إلا بعد حصول رأس المال، ومتى كان عروضاً وتقاسما الربح لم يأمن أن ينقص السعر فيخسر رأس المال، أو ينظر[4] إن كان ديناً فيؤدي ذلك إلى ما منعناه.

فصل[19. زكاة القراض]

زكاة رأس مال القراض على رب المال، وزكاة الربح تابعة لأصله فلزم العامل في حصته إذا كان الحول قد حال على رأس المال سواء كان في حصته نصاب أو أقل؛ لأن الربح تابع للأصل، وإن كان العامل عبداً أوذمياً فلا زكاة علية في حصته من الربح عند ابن القاسم؛ لأنه ليس من أهل

(1) في (م): بصحة ذلك.
(2) في (م): علي.
(3) انظر: الموطأ: (702/2)، ، التفريع: (197/2)، الكافي: (ص: 387).
(4) في (م): ينكسر.

الزكاة، وقال عبد الملك: تلزمه الزكاة؛ لأن الجملة على ملك رب المال[1]، ولأن الربح تابع للأصل.

فصل[20. إذا اشترط رب المال الزكاة على العامل]

إذا اشترط رب المال الزكاة على العامل نُظر: فإن شرط عليه زكاة رأس المال[2] والربح لم يصح؛ لأن ذلك يؤدي إلى الجهل بجزء[3] العامل، ولأنه قد يأتي على أجرته ويزيد عليها وإن شرط عليه زكاة رأس الربح وحده[4] جاز أيهما شرط على الآخر[5] جاز لأن ذلك جزء معلوم مستثنى من جزئه كأنه إن قارضه على النصف وشرط زكاة الربح في حصته، قال: قارضتك على النصف إلا ربع العشر، وذلك معلوم فيجوز، وما ابتيع عن ماشية تجب فيها الزكاة فزكاتها ملغاة من أصل المال؛ لأنها مؤنة من المؤن، والله أعلم[6].

(1) انظر: المدونة: (4/52-53)، التفريع: (2/197-198)، الكافي: (ص: 388).
(2) في (ق): المال.
(3) في (ق): بجزاء.
(4) وحده: سقطت من (م).
(5) في (م): الأجير.
(6) والله أعلم: سقطت من (ق).

كتاب[1] المساقاة وكراء الأرض والمزارعة

المساقاة[2] جائزة[3] خلافاً لأبي حنيفة[4]؛ لما روي: أنه ﷺ عامل أهل خيبر على الشرط من ثمر وزرع[5]، وروي أنه ساقى أهل خيبر[6] وكان يبعث عبد الله بن رواحة[7] فيخرص عليهم[8]، ولأن ذلك فعل الأئمة أبي بكر وعمر[9] وغيرهما ولا مخالف من السلف فيه، ولأنه مال لا ينمى بنفسه ولا تجوز إجارته، وإنما ينمى بالعمل عليه فجاز العمل عليه ببعض ما يخرج منه أصله مال القراض ، ولأن الغرر والخطر فيها أقل منه في القراض فكان بالجواز أولى.

فصل[1.فيما تجوز فيه المساقاة]

تجوز المساقاة في الأصول كلها والشجر[10] خلافاً للشافعي في قوله: إنها لا تجوز إلا في النخل والكرم[11]؛ لما روي: "أن رسول الله -ﷺ- ساقى

---

(1) في (م): باب.
(2) **المساقاة في اللغة**: استعمال رجل رجلاً في نخل أو كرم يقوم بإصلاحهما، **وفي الاصطلاح** قال ابن عرفة في تعريفها: عقد على عمل مؤنة النبات بقدر لا من غير علته، لا يلفظ بيع إجارة أو جعل (انظر: الرصاع علي ابن عرفة ص: 386).
(3) انظر: الموطأ: (704/2)، المدونة: (2/4)، التفريع: (201/2)، الرسالة: (ص:220)، الكافى: (ص: 381).
(4) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 127)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (233/2).
(5) أخرجه البخاري في الإجارة، باب: إذا استأجر أرضاً فمات أحدهما: (55/3)، ومسلم في المساقاة، باب: المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع: (1186/3).
(6) هو الحديث السابق.
(7)عبد الله بن رواحة: بن ثعلبة بن امرئ القيس الخزرجي الأنصاري، أحد السابقين، شهد بدراً واستشهد بمؤتة، وكان ثالث الأمراء بها في جمادي الأول سنة ثمان (تقريب التهذيب ص: 303).
(8) أخرجه مالك في الموطأ: (703/2)، وهو مرسل.
(9) فعل أبو بكر وعمر –رضي الله عنهما- أخرجه ابن ماجه في الأحكام، باب: الرخصة في المزارعة: (823/2).
(10) انظر: المدونة: (2/4-5)، التفريع: (201/2)، الرسالة: (ص:220)، الكافى: (ص:381).
(11) انظر: الأم: (114)، مختصر المزني (ص: 123)، الإقناع (ص: 110).

أهل خيبر على ما فيها من زرع وشجر"[1] فعم، وكأنه أصل له ثمر[2]، فجازت المساقاة عليه، أصله النخل والكرم.

فصل[2. جواز مساقاة الزرع إذا ظهر وعجز عنه زراعه]

الزرع إذا ظهر وعجز عنه زارعه تجوز المساقاة عليه؛ لأنه يصير حينئذ كالأصل المرتجى ثمرته، ولا يجوز وهو مغيب لم يظهر، ولأنه ليس باطل ولا يدري هل ينبت حبه أم لا ينبت، وكذلك المقاثي والمطابخ إذا ظهرت كالزرع[3].

فصل[3. صفة المساقاة]

صفة المساقاة أن يدفع الرجل حائطه وفيه النخل والشجر[4] إلى من يعمل فيه على جزء من الثمر يتفقان عليه قلَّ أو كثر من نصف أو ثلث أو ربع أو أقل أو أكثر من الأجزاء المقدرة المعلومة على أن يكون العمل والكلف والنفقة فيما يحتاج إليه الثمرة المساقى عليها، وجميع المؤن على العامل مثل السقي والآبار والجذاذ وعلوفة الدواب ونفقة الغلمان وما يتعلق بمصلحة الثمر وما لا يبقى بعد انصراف العامل.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن الجزء إنما يستحقه العامل بعمله الذي يصلح به الثمرة، ولا يجوز أن يكون بعضه على رب الحائط[5]؛ لأن زيادة يزدادها العامل، ولأن النبي -ﷺ- لما ساقى أهل خيبر لم يلزم لهم مؤنة بل أنفقوا من أموالهم، وأما ما عدى ذلك مما يبقى بعد انصرافه فلا يجوز ولا يلزمه اشتراطه عليه وذلك كحفر بئر ابتداء أو إنشاء غراس أو بناء بيت يجبي فيه الثمر أو ما أشبه ذلك، لأن كل هذا زيادة مشترطة على العامل ينفرد بها رب المال،

---

(1) سبق تخريج الحديث قريباً.
(2) في (ق): له ثمن.
(3) سقط هذا الفصل كاملاً من(ق).
(4) في (م): الثمرة.
(5) في (م): المال.

وذلك غير جائز لأنه يخرج المساقاة عن بابه ويلحقها بالإجارة المجهولة، وبيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، والمساقاة عقد خارج عن الأصول فلا يجوز منه إلا ما قد[1] جوَّزه الشرع، ومن ذلك اشتراطه ضفيرة بينها[2]، فاختلفت عبارات أصحابنا في ذلك فمنهم من قال: الحائط حول المراح، ومنهم من قال: موضع مجتمع الماء، ومنهم من قال: هي الشجرة يغرسها وجعل موضع دنيتها بينهما ويشبه أن يكون تصحيفاً، وكل ذلك يصح حمل الكلام عليه وإن كنا نعلم أن المراد واحد منها[3]، وما شعث من آلة الحائط فعلى رب المال صلاحه كالدولاب ينكسر أو يموت بعض البقرة[4] أو يذهب بعض الآلة أو يغور العين أو تنهار البئر وما أشبه ذلك، وإنما قلنا ذلك ليصل العامل إلى العمل، ويتمكن منه ولا يبطل حقه.

فصل[4. جواز تراضيهما على ما شاء من الأجزاء في المساقاة]

وإنما قلنا: إن لهما أن يتراضيا على ما شاءا من الأجزاء؛ لأنه عوض على منافع يجوز بغير بدل، فلم يتعذر البدل فيها كالإجارات والقراض، وإذا[5] ساقاه على عدة أحدقة[6]، متفقة الثمار أو مختلفة فلا يخلو أن يكون في عقد واحد أو عقود مفترقة:

فإن كان في عقد واحد جاز على أجزاء متفقة ولم يجز على أجزاء مختلفة، وإن كان في عقود مفترقة[7] جاز على أجزاء متفقة ومختلفة، وحكم كل صفقة منفردة بنفسها، وإنما منعنا اختلاف الأجزاء في العقد الواحد لأنها

---

(1) في (م): إلا قدر.
(2) **ضفيرة بينها**: عبارة وردت في موطأ مالك: (706/2)، واختلفت تفسيرات الأصحاب فيها (الرسالة، ص: 202).
(3) منهما: سقطت من (ق).
(4) في (م): النقر.
(5) في (م): فأما إذا.
(6) في (م): أفراحة.
(7) في (م): متفرقة.

كالقراض[1] الواحد إذا ضمها عقد فلا يجوز أن يساقى بعضه على جزء وبعضه على خلافه، ولأنه ﷺ ساقى أهل خيبر على اختلاف حوائطها سقياً[2] واحداً، فلا يجوز خلاف ذلك، لأن المساقاة عقد خارج على الأصول، ولا يجوز أن يتعدى قدر ما ورد الشرع به، وعلله أصحابنا بأن فيه يرد فضل في أحد الحائطين لفضل أو نقص في الحائط الآخر.

فصل [5. في حكم المساقاة من حيث الجواز واللزوم]

عقد المساقاة لازم ليس لأحدهما تركه بعد عقده إلا برضا الآخر[3]؛ لأنه إجارة في خدمة عين قائمة كسائر الإجارات، وإن مات العامل قام ورثته مقامه، فإن كان فيهم من يتولى ذلك وإلا أكروا له من ماله، وإن مات رب الحائط، فالعامل على حاله.

فصل [6. مساقاة الحائط وفيه بياض ونخل وشجر]

إذا ساقى حائطاً فيه نخل وشجر وأرض بياض[4] وسكتا عن ذكر البياض فلا شيء للعامل فيه، ولرب الحائط زرعه أو إجارته، فإن شرطه العامل لنفسه يزرعه جاز إن كانت[5] قيمة أجرته بقدر ثلث[6] ثمن الثمرة بعد حط قيمة ما يلزم العامل عليها أو أقل منه، فإن زاد عليه لم يجز.

وإن شرط رب الأرض على العامل جزءاً مما يخرج من البياض جاز[7].

وإنما أجزنا ذلك في اليسير لأن رسول الله -ﷺ-: لما ساقى أهل خيبر ألغى البياض الذي كان فيها، ولم ينقل أنه منع اليهود منه، ولا أنه استثناه ولا طلب منهم أجرته.

---

(1) في (ق): كالقراح.
(2) في (ق): ضيفاً.
(3) انظر: المدونة: (908/4)، التفريع: (202/2)، الكافي: (ص: 382).
(4) **أرض بياض**: هي الأرض التي خلت من الزرع والشجر، فهل تدخل في عقد المساقاة أم لا؟ (الفواكه الدواني: 138/2).
(5) في (م): كان.
(6) ثلث: سقطت من (ق).
(7) انظر: الموطأ: (707/2)،المدونة: (6/4)، التفريع: (202/2)، الرسالة: (ص:221)، الكافي: (ص:382).

وإنما شرطنا الثلث؛ لأنه معتبر في الأصول في البيع،والمقصود إذا أريد الفرق بينهما كمعاقلة المرأة الرجل واكتراء الدار فيها نخلة أو شجرة إذا استثنيت فكذلك ها هنا، ومنعناه فيما زاد عليه؛ لأنه يصير مقصوداً بالشرط وزيادة ينفرد بها العامل ويخرج على التبع، وإنما جاز لرب الأرض أن[1] يشترط بعض ما يخرج منها؛ لأنه لما جاز له إلغاء الجميع للعامل وجُعِل تبعاً معفواً عنه جاز له اشتراط بعضه تبعاً للسقاء، ويجب أن يكون الجزء الذي يشترطه[2] موافقاً لجزء عقد السقاء لا مخالفاً له.

فصل[7. استثناء المكتري الجزء اليسير من البياض لنفسه]

يجوز أن يكتري الرجل الدار يسكنها أو الأرض البياض يزرعها وفيها نخلة أو شجرة قيمة ثمرتها الثلث فدون فيستثنيها المكتري، وإن زادت على ذلك لم يجز له استثناؤها[3]، وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يجوز ذلك في القليل والكثير[4]، وإنما أجزنا ذلك في اليسير، لأن الضرورة تدعو إليه لتطرق صاحب الدار عليه كل وقت إذا أراد أخذ ثمرته فربما كره المكتري مروره عليه ونظره إلى منزله واحتاج إلى تكلف ستر ما[5] يكون في الدار عنه وغير ذلك مما يشق إذا تكرر، فجعل له إزالة الضرر عنه باستثناء ذلك ليقطع تطرق المالك[6] عليه، كما أجزنا للمعرى شراء القرية، فحرمها لقطع تطرق المعرى عليه.

(1) في (ق): إلى.
(2) في (م): يشرط.
(3) انظر: الموطأ: (708/2)، المدونة: (6/4)، التفريع: (202/2)، الرسالة: (ص:221)، الكافي: (ص:382).
(4) انظر: مختصر القدوري مع شرح الميداني: (228/2-233)، مختصر المزني (ص: 124).
(5) في (م): من.
(6) في (م): رب المال.

فصل [8. تعليل الفصل بين الثلث وما زاد عليه]

وإنما فصلنا بين الثلث وما زاد عليه[1] للإجماع على منع[2] ذلك فيما زاد على الثلث؛ لأن ما دون الثلث يسير بيع لا يتهم أن يقصد به شراء الثمرة قبل بدو صلاحها[3]، كما لا يتهم بذلك في العرية، وإذا كان زاد على ذلك صار[4] مقصوداً أو خرج أن يكون تبعاً[5] كزيادة العرية على خمسة أوسق.

فصل [9. جواز مساقاة البعل]

تجوز مساقاة البعل وهو الذي يشرب من أصله من غير سقي، وكذلك كل ما يسقى على اختلاف أنواع السقي[6]؛ لأن ذلك محتاج إلى خدمة وتعهد وآبار ومراعاة وقطع جريد وغير ذلك، فجاز السقاء عليها.

فصل [10. انتهاء المساقاة]

انتهاءِ المساقاة إلى الجذاذ إن كان السقاء لسنة واحدة؛ لأن الحقوق تنقطع عنه ويقع الاستيفاء، فلا يبقى شيء من خدمة الثمرة فيما بعد ذاك يستحق لثمرة العام المقبل[7] فلا يلزم إلا بعد مستأنف، فأما إذا كان عقد السقاء لعدة أعوام، فإن العامل لازم له إلى انقضاء المدة التي عقدا عليها.

فصل [11. المساقاة على ثمرة بعد ظهورها]

تجوز المساقاة على ثمرة بعد ظهورها[8] خلافا للشافعي[9]؛ لأن المساقاة إنما تجوز لحاجة الثمرة إلى السقي والخدمة والضرورة من الملك إلى

---

(1) عليه: سقطت من (ق).
(2) منع: سقطت من (ق).
(3) في (م): بدو الصلاح.
(4) في (ق): كان.
(5) في (م): بيعاً.
(6) انظر: المدونة: (11/4)، الرسالة: (ص:221)، الكافي: (ص:381).
(7) في (ق): المستقبل.
(8) انظر: الموطأ: (706/2)، المدونة: (5/4)، الكافي: (ص: 383).
(9) انظر: الأم: (11/4)، مختصر المزني (ص: 124).

استيعابه[1] غيره وهذا يستوي فيه المعدوم والموجود، ولأن ذلك إذا جاز قبل وجودها مع كثرة الخطر كان جوازه بعد الوجود مع قلة الخطر أولى.

فصل[12.المساقاة على ثمرة بعد طيبها]

واختلف في جواز المساقاة يليها بعد طيبها[2]: قال ابن القاسم: لا تجوز، وقال سحنون: تجوز، فلابن القاسم أنه لا ضرورة إلى المساقاة لجواز بيعها والإجارة عليها، ولسحنون أن الضرورة إلى سقيها وتعهدها باقية لحاجتها إلى قيامها في النخل، فكانت كالتي لم يبد صلاحها.

فصل[13. الزكاة هي المساقاة]

إذا أخرج الحائط خمسة أوسق ففيه الزكاة، بخلاف الشركة في الثمرة؛ لأن العامل لا يستحق إلا بعد الصلاح، وببدو الصلاح قد وجبت الزكاة، فكان الوجوب يتناولها على ملك صاحب الأصل، ويجوز أن يشترط أحدهما الزكاة على الآخر[3] في حصته بخلاف القراض[4]، لأن ذلك جزء معلوم.

فصل[14.مساقاة النصراني]

مساقاة النصراني جائزة إذا كان هو العامل، فإن كان المسلم هو فيكره[5]؛ لأن فيه إذلالاً للمسلم باستخدام النصراني له وتواضعه لشيء يناله[6] من الدنيا[7].

---

(1) في (م): استثنائه.
(2) انظر: الموطأ: (707/2)، المدونة: (5/4)، الكافى: (ص: 383).
(3) في (م): الأخرى.
(4) انظر: المدونة: (121/4)، التفريع: (202/2)، الكافى: (ص:383).
(5) في (ق): فكره.
(6) في (م): يتناول
(7) انظر: المدونة: (7/4)، التفريع: (202/2)، الكافى: (ص:383).

فصل[15. عدم جواز اشتراط زيادة في المساقاة لأحدهما على الآخر]

لا يجوز في المساقاة زيادة يشترطها أحدهما على الآخر كالقراض[1]؛ لأن بهما ضيق لا يحتمل الشروط، لخروجها[2] عن الأصول فيجب الاقتصار بها على ما ورد به الشرع.

---

(1) انظر: الموطأ: (707/2)، المدونة: (12/4)، التفريع: (202/2)، الرسالة: (ص:221)، الكافي: (ص:382).

(2) في (ق): لخروجه.

باب: كراء الأرض

يجوز كراء الأرض[1]، للزرع بالذهب والفضة والعروض والحيوان، ولا يجوز بالطعام كله على اختلاف أصنافه: كان مما تنبته كالحنطة والشعير وسائر الحبوب والثمار، ومما لا تنبته كالعسل واللحم وغير ذلك، ولا ببعض ما تنبته من غير الطعام كالقطن والكتان والعصفر والزعفران، ويجوز بالخشب والقصب وما في معناهما[2].

فصل[1. جواز كراء الأرض بالذهب والفضة وسائر العروض]

(وإنما أجزناه بالذهب والفضة وسائر العروض؛ لعموم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾[3] والإجارة بيع المنافع، وفي حديث رافع[4] أنه ﷺ نهى عن كراء الأرض ببعض ما يخرج منها[5]، فأما الذهب والفضة فلا بأس به، ولأن كل ما جاز بيعه جازت الإجارة به.

فصل[2. تعليل منع كراء الأرض بالطعام]

فإنما منعنا أن تكرى بالطعام، فلأن ذلك هو المحاقلة[6] المنهى عنها[7] والمخابرة كراؤها ببعض ما يخرج منها، وقال أبو حنيفة: كل ما جاز أن

---

(1) الكراء: هو بيع منفعة ما لا يمكن (نقله حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع ص: 398).

(2) انظر: الموطأ: (2/711-712)، المدونة: (3/359)، وما بعدها التفريع: (2/183)، الرسالة: (ص:221)، الكافي: (ص:377).

(3) سورة البقرة، الآية: 275.

(4) رافع بن خديج: بن رافع بن عدي الحارثي الأوسي الأنصاري أول مشاهده أحد ثم الخندق، مات سنة ثلاث أو أربع وسبعين، وقيل قبل ذلك (تقريب التهذيب ص: 204).

(5) أخرجه مسلم في البيوع، باب: كراء الأرض بالذهب والفضة: (3/1176).

(6) المحاقلةّ: كراء الأرض بالطعام (النهاية: 1/416).

(7) أخرجه البخاري في المساقاة، باب: الرجل يكون له ممر أو شرب في الحائط: (3/81)، ومسلم في البيوع، باب: النهي عن المحاقلة: (3/1175).

يكون ثمناً في البياعات جاز أن تكرى به الأرض[1]، وقال الشافعي: يجوز بالحنطة في الذمة، ولا يجوز إذا شرط أنه مما تنبته تلك الأرض، ويجوز بالطعام الذي لا يخرج منها كالعسل والسمن[2].

فدليلنا على منع ذلك حديث رافع قال: كنا نخابر على عهد رسول الله -ﷺ- حتى روي لنا عنه أنه قال: "من كانت له أرض فليزرعها أو ليزرعها أخاه ولا يكريها بثلث أو بربع أو بطعام مسمي"[3] وهذا نص، ولأنه طعام فأشبه ما تنبته، ولأن ذلك بيع طعام بطعام متأخر ومجهول؛ لأن المالك كأنه باعه بهذا الطعام أو ما تنبته أرضه أو كراء من طعام بمثله إلى أجل وابتاع منه عسلاً أو لبناً بما تخرجه أرضه إلى أجل، فدليلنا على منع إجارتها ببعض ما يخرج منها من غير الطعام أنه ﷺ نهى أن تستأجر الأرض ببعض ما يخرج منها[4] ولأن الكتان والقطن وغيرهم مما تنبته الأرض فأشبه إذا اشترطا الثلث أو الربع، وأما القصب والخشب فإنه ليس مما يزرع، أو يقصد كراؤها لزرعه فجاز) [5].

فصل[3.اشتراط النقد في كراء الأرض]

لا يجوز بشرط النقد إلا في المأمون منها دون ما لا يؤمن إخلافه وتلف الزرع فيها، والاعتبار في ذلك بحال الأرض وعادتها في الشرب[6]، وإنما منعناه ذلك بمثل ما منعناه في البيع: وهو أن يكون بيعاً وسلفاً، وقرضاً جر نفعاً وقد فسرناه في الإجارة.

---

(1) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 132)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (2/88-89).
(2) انظر: الأم: (25/4)، مختصر المزني (ص: 128).
(3) أخرجه مسلم في البيوع، باب: كراء الأرض: (1176/3).
(4) أخرجه بمعناه البخاري في البيوع، باب: المزارعة بالشطر: (68/3)، ومسلم في البيوع ، باب: كراء الأرض بالطعام: (1181/3).
(5) ما بين قوسين: سقط من (م).
(6) انظر: المدونة: (459/3)، الرسالة: (ص:221)، الكافي: (ص:377).

فصل[4. الشركة في الزرع]

الشركة في الزرع جائزة وصفتها: أن يتكافيا في العمل والمؤنة والأرض والبذر، فإن كان البذر من عند أحدهما والأرض من عند الآخر فلا يجوز: كان العمل عليهما أو على أحدهما[1]؛ لأن الذي له البذر قد باع حصته من شريكه بما تخرجه أرضه وذلك طعام بطعام متأخر إن زرع طعاماً ومخابرة وكراء الأرض ببعض ما يخرج منها، وذلك غير جائز، فإن زرعها على ذلك وتكافيا فيما سواه من العمل والبقر فالزرع لمن وليه منهما: فإن وليه صاحب الأرض فالزرع له وتغرَّم لصاحب البذر مثل[2] مكيلة بذره، وإن وليه صاحب البذر (فالزرع له ويغرم لصاحب الأرض نصف مكيلة البذر)[3]، وعلى صاحب البذر نصف كراء الأرض.

ويجوز أن يكون الأرض بينهما أو لأحدهما ومن الآخر البقرة والمؤنة ويكون البذر من عندهما، والذي يحترز منه في هذا الباب أن يؤدي إلى كراء الأرض بالطعام، أو ببعض ما يخرج منها أو بانتفاء التساوي، فإذا سلم من ذلك جاز.

---

(1) انظر: المدونة: (4/29-30)، الرسالة: (ص:221)، الكافي: (ص:379).
(2) في (م): نصف.
(3) ما بين قوسين: سقط من (ق).

كتاب الشركة

الشركة[1]، على ضربين بمال وبدن، فأما شركة الأموال فعلى ضربين: شركة عنان[2]، وشركة مفاوضة.

والعنان: هي أن يخرج كل واحد منهما رأس مال مثل ما يخرج صاحبه أو أكثر أو أقل ويخلطاه ويكون في حكم المختلط وإن لم تكن عينه مخالطة للآخر مثل أن يكونا في صندوق واحد وأيديهما عليه ويكون العمل عليهما بحسب رؤوس أموالهما والربح بينهما على مثل ذلك، فهذا نوع[3] جائز من الشركة، ولا يجوز أن يشترط العمل أو الربح بخلاف رؤوس الأموال، فإن عقدا الشركة على ذلك وعملا فالشركة فاسدة ويكون الربح والخسران على قدر المالين ويرجع من قل رأس ماله على صاحبه بأجرة المثل في نصف الزيادة.

والمفاوضة: أن يفوِّض كل واحد منهما إلى آخر التصرف والبيع والشراء حضر الآخر أو غاب وتكون يده كيده، ولا يكونان شريكين إلا بقدر ما يعقدان الشركة عليه دون ما ينفرد أحدهما بملكه مما لم يدخله في رأس مال الشركة ويجوز فيها تساوي رؤوس الأموال وتفاضلها إذا كان العمل والربح بقدرة الله.

---

(1) الشركة: لغة: الاختلاط، وفي الاصطلاح: تقرير متمول بين مالكين فأكثر ملكاً فقط هذا بالمعنى الأعم، أما بالمعنى الأخص، فهي بيع مالك كل بعضه ببعض كل الآخر موجب صحة تصرفهما في الجميع (حدود ابن عرفة ص: 322).

(2) شركة العنان –بكسر العين- وقد اختلف في تفسيرها، فقيل: الشريك المخصوص، وقيل: الشركة في شيء معين، وقيل: هذا على أنه لا يبيع أحدهما إلا بإذن الآخر(حدود ابن عرفة ص: 321).

(3) نوع: سقطت من (م).

وشركة الوجوه[1] باطلة، فأما شركة الأبدان[2] فتجوز بشرطين:

أحدهما[3] اتفاق الصناعتين كالاشتراك في الخياطة والقصارة والنجارة وغير ذلك من الصناعات، وتجوز عندنا في الاصطياد والاحتطاب، ولا تجوز مع اختلاف الصناعتين كقصار وحداد وصبّاغ وصواغ.

والثاني أن يكونا في موضع واحد، فإن افترقت الأمكنة لم تجز الشركة اتفقت الصناعات[4] أو اختلفت، وإن افترقت الصناعتان لم يجز افترقت الأمكنة أو اتفقت، وتجوز الشركة بالعروض على القيمة[5].

فصل[1. وجه جواز شركة العنان]

وجواز الشركة في المال[6] على الشرط الذي قدمناه مجمع عليه، وإنما الخلاف انخرام بعض أوصافها على ما سنذكره، وذكر بعض أصحاب مالك عنه أنه سئل عن شركة العنان فقال: لا أعرفها[7]، ومن سمّاها بذلك فسرها على وجوه من الاشتقاق:

قيل: معناها تساوي الشريكين[8] في التصرف والمال في الكثير والقليل كتساوي الفارسين في السير.

وقيل: لأنها شركة ظاهرة مأخوذة من عناني الشيء إذا أخطر ببالك فأظهرته.

(1) شركة الوجوه: هي أن يشتركا على الذمم دون مال ولا صنعة على ان ما اشترياه يكون في ذمتها وربحه بينهما، وقيل هي أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون له بعضه (حدود ابن عرفة ص 326- 327).

(2) شركة الأبدان: هي أن يشترك الاثنان أو أكثر على أن يعملا معاً ويقتسمان أجرة عملهما بنسبة العمل بشرط أن تكون الصنعة متحدة والمكان متحد كذلك (أسهل المدارك: 358/2).

(3) شرطين أحدهما: سقطت من (م).

(4) في (ق): الصناعتان.

(5) في جملة هذه الأحكام انظر: المدونة: (22/4)، وما بعدها التفريع: (205/2-206)، الرسالة: (ص: 219-220)، الكافى:(ص: 390-393).

(6) في (ق): وجواره في المال.

(7) انظر الدذخيرة.

(8) في (م): المشتركين.

وقيل: إنها معروفة في اللغة كقول الشاعر[1]:

وشركنا قريشاً في علاها وفي أحسابها شرك العنان

وفي الجملة فمن أي شيء ثبت أنها أخذت إذا كانت على الصفة التي ذكرناها فإنها[2] جائزة، وإنما شرطنا أن تكون أيديهما على المالين بخلط أو جعله في صندوق أو غيره خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن الشركة تصح وإن كان مال كل واحد منهما في يده إذا عيناه وأحصراه[3]، لأن الشركة تقتضي تساويهما في الاشتراك بالمال، فإذا انفرد أحدهما بثبوت يده عليه لم توجد حقيقة الشركة؛ (لأنهما على ما كانا عليه من انفراد المالين فلم يحصل منهما إلا القّول، ومجرد القول لا يأتي له بدليل: أنهما لو تعاقدا إلى الشركة[4] على مال ولم يعيناه فإنها لا تنعقد؛ لأن الشركة لا تحصل على مال لم تثبت أيديهما عليه، ولأن كل واحد من المالين يثبت على ملك صاحبه فلم تثبت به شركة، أصله سائر أمواله، عكسه إذا خلطاه أو كانت أيديهما عليه).

وإنما شرطنا[5] خلطهما حتى لا يتميزا إذا كانا بحيث ينالهما أيديهما بالتصرف[6] خلافاً للشافعي في قوله: إن الشركة لا تنعقد إلا بخلط المالين[7]؛ كما لو خلطاهما[8].

وإنما شرطنا أن يكون العمل والربح على قدر رؤوس الأموال خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يجوز أن يخرج أحدهما ألفاً والآخر ألفين ويعملان بالمال على

---

(1) البيت الشعري قاله النابغة الجعدى (انظر الصحاح: 2166/6).
(2) في (م): فهي.
(3) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 107)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (115/2-126).
(4) ما بين قوسين : سقط من (ق).
(5) في (م): لم يشرط.
(6) في (م): تصرفهما.
(7) انظر: مختصر المزني (ص: 109)، الإقناع (ص: 107).
(8) في (ق): خلطاه.

أن الربح بينهما نصفين[1]؛ لأنه قد ثبت أن عقد الشركة يوجب في جهة[2] كل واحد من الشريكين قسطاً من الربح والخسران ثم اتفقا على أن أحدهما لو شرط على الآخر جزءاً من الخسران أن ينفرد به كان ذلك غير جائز، كذلك إذا شرط جزءاً من الربح بعلة أنهما ثمرتا مال الشركة، فوجب تساويهما فيه بقدر المال، ولأن الربح ثمنه المال والمال أصله، فوجب أن يتقسط بين الشريكين على قدر الملك كأجرة العقار.

فصل[2. وجوب التساوي في العمل على قدر رؤوس الأموال]

وإنما قلنا في العمل: إنه يجب التساوي فيه على قدر رؤوس الأموال كالربح؛ لما ذكرناه في الربح، ولأن اشتراط الزيادة استئجار من مشترطها للآخر بفضل ربح ماله وذلك غرر، ولأن كل واحد ترك العمل (يستحق عليه بحق الشركة بما بذله من فضل ربح ماله كما لو شرط العمل)[3] على صاحب الألفين والربح بينهما نصفين، أو شرط أكثر الربح للذي لا يعمل وأقله للذي يعمل.

وإنما قلنا: شركة المفاوضة جائزة خلافاً للشافعي[4]؛ لأن تقدير الشركة أنهما أخرجا المالين ثم وكَّل كل واحد منهما الآخر في التصرف فيه على الإطلاق وذلك جائز[5]، ولأن شركة المفاوضة تتضمن الوكالة والكفالة وتعلق الوكالة بها كتعلقها بالعنان[6] لكن تزيد المفاوضة بالكفالة فيما يثبت لأحدهما قِبَل صاحبه من الحقوق والضمان يصح في الذمة لمجهول، كمن استهلك شيئاً لمن لا يعرفه.

---

(1) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 107)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (125/2).
(2) في (م): وجب في وجهه.
(3) ما بين قوسين: سقط من (م).
(4) انظر: مختصر المزني (ص: 109)، الإقناع (ص: 108).
(5) في (م): غير جائز.
(6) في (م): كما.

وإنما قلنا: إنه يجوز أن ينفرد أحدهما بمال لا يدخله في الشركة، وإن تفاضل رؤوس الأموال، خلافاً لأبي حنيفة في منعه كل ذلك[1]، وقوله: إن موضوع[2] المفاوضة يقتضي التساوي؛ لأن كل شركة جازت مع تساوي رؤوس الأموال جازت مع اختلافهما كالعنان، ولأنها شركة بمال في مكسب مباح فوجب أن يستوي في الجواز استواء المالين واختلافهما كالعنان، ولأن عقد[3] الشركة هو بيع نصيب[4] أحدهما بقسطه من نصيب الآخر، وتوكيل أحدهما الآخر في التصرف، وذلك لا يفتقر إلى تساوي المالين.

وإنما قلنا: إن شركة الوجوه باطلة وهو أن يشتركا بغير مال بل بالذمم[5]، مثل أن يشتريا شيئاً في ذممهما[6]، على أن يبيعان ويقتسما ربحه[7] خلافاً لأبي حنيفة[8]؛ لأنها شركة بغير مال ولا صناعة فلم تصح أصله إذا قال: بع عبدك وأنا شريكك في ثمنه أو ابتع ما تبتاعه ولي نصف ربحه، ولأنه كل واحد يستعير وجه صاحبه ووجهه[9] أو مستأجر له بشرط ضمان النقصان ورجاء الربح وذلك من الغرر وأكل المال بالباطل، ولأن كل واحد يصير بائعاً لنصف ما يشتري الآخر ونصف ربحه وذلك غرر ومجهول.

وإنما قلنا: إن[10] شركة الأبدان في الجملة جائزة خلافاً للشافعي[11]؛ لأن العمل مما يجوز المضاربة عليه فجازت الشركة عليه من جهتهما كالمال، ولأنه أحد أصلي عقد القراض كالمال، ولأن المقصود من شركة المال هو العمل

---

(1) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 107)، مختصر القدوري - مع شرح الميداني: (122/3).
(2) في (ق): أن موضع.
(3) في (م): بيع.
(4) نصيب: سقطت من (م).
(5) في (م): بالدرهم.
(6) في (م): في ذمتهما.
(7) في (ق): يقتسماه.
(8) انظر: المراجع السابقة.
(9) في (م): وجاهة.
(10) في (م): وأما.
(11) انظر: مختصر المزني (ص: 107)، الإقناع (ص: 108).

بدليل أن نماء المال واستحقاق الربح يكون على العمل، وأنهما لو شرطا العمل على أحدهما لم يجز، ولو شرطا[1] المال من عند أحدهما والعمل من الآخر لجاز ولكان مضاربة.

وإذا صح هذا وجب متى اشتركا في عمل البدن أن يصح لإيقاعهما العقد على الوجه الذي له يقصد وهو الأصل فيه، ولأن العمل نوع من الشركة فصح أن يكون من جهة[2] أحد الشريكين ويستحق به الربح بدليل المضاربة، وكل ما جاز أن يستفاد به الربح في حق أحدهما جاز أن يشتركا عليه كالمال.

وإنما أجزناها في الاصطياد والاحتطاب خلافاً لأبي حنيفة[3]؛ لأنه عمل مباح يكسبه فجازت الشركة فيه كالخياطة، ولأن الحاجة داعية إلى التعاون علة ذلك كسائر الصنائع[4].

فصل [3. اشتراط الاتفاق في الصنعة المشتركة]

وإنما شرطنا الاتفاق في الصنعة المشتركة خلافاً لأبي حنيفة في تجويزه شركة القصار والدباغ[5]، لأن أحدهما لا وفق[6] له في مشاركة الآخر فلا حاجة به إلى معاونته ولا تعلق لكسبه بعمله، فإن قصد الغرر والقمار فقط؛ فلأن كل واحد منهما يشارك الآخر فيما ينفرد بكسبه ليشاركه الآخر في مثل ذلك فلم يصح، أصله إذا قال: اتجر في مالك لنفسك، واتجر أنا في مالي لنفسي فما ربحت فلك نصفه، وما ربحت أنت فلي نصفه، وإنما شرطنا أن

(1) في (م): وأننا لو شرطنا.
(2) جهة: سقطت من (م).
(3) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 107)، مختصر القدوري - مع شرح الميداني: (129/2).
(4) في (م): كسائر الاشتراك.
(5) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 107)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (127/2 - 128).
(6) في (ق): لا وفق له.

يكونا في موضع واحد؛ لأن التساوي في العمل لما كان معتبراً، وكان لا يمكن الرفق والمعاونة إلا على هذا الوجه وجب اعتباره.

وإنما أجزنا الشركة بالعروض وصفتها: أن يخرج أحدهما ثوباً والآخر ثوباً أو عرضاً[1] غيره، ويعقدا الشركة بينهما على أن يكون الربح بقدر رأس المال فيصح عندنا وإن لم يذكر أثماناً ولا قالا: أن ثمن هذا الثوب كذا وثمن هذا الآخر كذا، وإذا سكتا عن ذلك انعقدت الشركة بينهما على قيمة العروض فيكون رأس مال كل واحد قيمة عرضه وسواء كانت العروض مما يتميز أعيانها الثياب والدراهم السود مع البيض، أو مما لا يتميز كالحنطة والعسل.

وقال الشافعي: إن كانت الشركة على أثمان العروض صحت[2] مثل أن يقول أحدهما: ثمن عرضي مائة، ويقول الآخر: ثمن عرضي مائتان فيعقدا الشركة على ذلك ويكون رأس المال ثمن العرضين، فأما إن سكتا فينظر: إن كان العرضان لا يعرفان بأعيانها ولا يتميزان بالخلطة، فإن الشركة تصح بينهما، وإن كانت مما يتميز كالثياب وغيرها فلا تصح مع سكوتهما.

ودليلنا على جواز الشركة بالعروض على الوجه الذي قدرناه[3] قوله تعالى: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾[4]؛ ولأن العروض أعيان أموال، فجازت الشركة فيها، وإن لم يسميا أثمانها اعتباراً بما لا يتميز.

---

(1) في (ق): أو عوضا.
(2) انظر: مختصر المزني (ص: 109)، الإقناع (ص: 107).
(3) في (ق): جوزناه.
(4) سورة المائدة، الآية: 1.

كتاب الرهون

الأصل في جواز الرهن[1]، قوله تعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا۟ كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾[2]، وقوله ﷺ: "لا يغلق الرهن"[3]، وقوله: "الرهن ممن رهنه له غنمه وعليه غرمه"[4]، وقوله: "الرهن محلوب ومركوب"[5]، ولأنه ﷺ رهن درعه على شعير أخذه لأهله[6]، ولأنه وثيقة بالحق كالكفالة، ولأن الحق يتعلق تارة بالذمة وتارة بعين المال[7]، فوجب أن يكون التوثيق منه بمنزلته في تعلقه بالأمرين.

فصل[1. جواز الرهن في الحضر والسفر]

الرهن جائز في الحضر والسفر[8] خلافاً لمن قصره على السفر[9]؛ لما روي أنه ﷺ مات ودرعه مرهونة عند يهودي على شعير أخذه لأهله[10]، وهذا رهن في الحضر واعتباراً بالسفر؛ لأن الحاجة تدعو إليه في الموضعين، ولأن

---

(1) الرهن في اللغة: قال ابن فارس: الراء والهاء والنون أصل يدل على ثبات شيء يمسك بحق أو غيره، معجم مقاييس اللغة: (452/2)، وفي الاصطلاح: قال ابن عرفة: الرهن مال قبضه توثق به في دين (الرصاع علي ابن عرفة ص: 304).

(2) سورة البقرة، الآية: 283.

(3) خرجه ابن ماجه في الرهون، باب: لا يغلق الرهن: (816/2)، والبيهقي: (39/6)، وابن حبان والحاكم: (51/2)، وقال حديث صحيح (انظر نصب الراية، 320/4).

(4) خرجه ابن ماجه في الرهون، باب: لا يغلق الرهن: (816/2)، والبيهقي: (39/6)، وابن حبان والحاكم: (51/2)، وقال حديث صحيح (انظر نصب الراية، 320/4).

(5) أخرجه الدار قطني: (34/3)، وابن عدى في الكامل: (272/1)، والبيهقي: (38/6)، والصحيح أنه مرفوع وأعله بعضهم بالوقف وأخرجه الحاكم: (58/2)، وقال صحيح على شرط الشيخين (انظر: تلخيص الحبير: 36/3).

(6) أخرجه البخاري في الرهن، باب: من رهن درعه: (115/3).

(7) في (ق): وتارة بالمال.

(8) في الرهن انظر: الموطأ: (723/2-728)، المدونة: (151/4)، وما بعدها، التفريع: (258/2-267)، الرسالة: (ص:231)، الكافي: (ص:410-412).

(9) قال مجاهد: ليس الرهن إلا في السفر (المغني: ص: 362).

(10) أخرجه البخاري في الرهن، باب: الرهن عند اليهود وغيرهم: (116/3)، ومسلم في المساقاة، باب: الرهن في الحضر والسفر: (1226/3).

كل وثيقة جاز أن يستوثق بها في السفر جاز أن يستوثق بها في الحضر كالضمين[1].

فصل[2.الدين الذي يجوز أخذ الرهن به]

كل دين لازم أمكن استيفاؤه من ثمن الرهن فإن أخذ الرهن به جائز خلافاً لمن حكي عنه أنه لا يجوز إلا في السلم[2]؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾[3]، وروي أنه ﷺ رهن درعه عند يهودي على شعير اقترضه[4]، ولأنه دين لازم تمكن أخذه ثمن الرهن كالسلم.

فصل[3.وجوب بيان ما يصح أخذ الرهن عليه]

إذا ثبت فيجب بيان ما يصح أخذ الرهن عليه من ذلك الأثمان في البياعات إلا الصرف والسلم المتعلق بالذمة، فإن الصرف من شرطه التقابض عقيب العقد ورأس المال في السلم لا يجوز أن يكون ديناً لأنه يكون ديناً بدين، فأما المسلم[5] فيه المتعلق بالذمة إلى الأجل فيجوز أخذ الرهن به، وكذلك القرض والغصب وقيم السلع المتلفات وأروش الجنايات في الأموال[6]، وفي جراح العمد الذي لا قود فيه كالمأمومة والجائفة، فأما قتل العمد والجراح التي لا يقاد منها فعلى قول مالك إنه ليس فيها إلا القود لا يجوز أخذ الرهن بها لأن الحق لا يمكن استيفاؤه منه، وعلى قوله: إن الواجب به التخيير بين القود والدية، فإذا لزمت الدية جاز أخذ الرهن بها، ويجوز في قتل الخطأ أخذ الرهن ممن تتعين الدية[7] عليه من العاقلة وذلك

---

(1) في (ق): كالتضمين.
(2) قاله زفر.
(3) سورة البقرة، الآية: 283.
(4) سبق تخريج الحديث قريباً.
(5) في (ق): فأما السلم.
(6) في (م): المال.
(7) الدية: سقطت من (م).

بعد الحول ويجوز في العارية التي يضمن أخذ الرهن فيها[1] ويجوز فيما لا يضمن منها، ويجوز أخذ الرهن في الأجرة على الإجارة كالثمن في البياعات وفي المنافع المستأجرة عليها المضمونة في الذمة دون الأعيان، وكذلك الجعل بعد العمل؛ لأنه قد لزم ولا يجوز قبله، ويجوز الرهن في المهر، ولا يجوز في الحدود ولا في القصاص ولا في الكتابة.

فصل[4. في صحة عقد الرهن من غير قبض]

يصح عقد الرهن من غير قبض لكن القبض شرط في صحته، فإذا عقد الرهن صح ولزم الإقباض، فإن امتنع الراهن منه أجبر على ذلك، ولا يبطل العقد بتأخير القبض ما لم يكن من المرتهن تراخ في المطالبة به ورضا بتركه في يد الراهن[2].

وقال أبو حنيفة والشافعي: إذا عقداه من غير قبض فهو جائز وليس بلازم، فإن شاء الراهن قبضه ولزم وإلا فله ألا يقبضه ولا يلزم[3]، ودليلنا قوله﴿ فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ ﴾[4]، وليس يخلو أن يكون شرطاً أو أمراً، وأياً كان ذلك فالعقد حاصل وإن لم يوجد وكذلك الاسم، ولأنه عقد من العقود فلم يكن من شرط انعقاده قبض المعقود، أصله سائر العقود، ولأنه عقد لازم فوجب أن يلزم بنفس انعقاده كالبيع.

فصل[5. إذا تعلق بمال الغريم حقوق الغرماء وثبت أنه رهن شيئاً لبعضهم]

وإذا تعلق بمال الغريم حقوق الغرماء وثبت أنه كان رهن شيئاً من ماله لبعضهم وأقر أنه أقبضه إياه فلا يقبل إلا ببينة تشهد بمعاينة القبض[5]

---

(1) فيها: سقطت من (ق).
(2) انظر: المدونة: (151/4)، التفريع: (263/2)، الرسالة: (ص:231)، الكافي: (ص:410).
(3) انظر: مختصر القدوري مع شرح الميداني: (55/2)، الإقناع (ص:101).
(4) سورة البقرة، الآية: 283.
(5) انظر: المدونة: (157/4-158)، التفريع: (264/2)، الكافي: (ص:415).

خلافاً للشافعي في قوله: إنه يكفي التقارر في ذلك[1]؛ لأن إقرار المقرر على نفسه إنما يقبل فيما لا يسقط حق غيره ويمكن أن يكونا قد تراضيا على الإقرار بذلك ليسقط حق باقي الغرماء فلم يقبل إلا بشهادة البينة عليه.

فصل[6. اشتراط استدامة القبض في صحة الرهن]

استدامة القبض شرط في صحة الرهن فمتى حصل مقبوضاً ثم عاد إلى يد الراهن برضا من المرتهن باستخدام أو بعارية أو وديعة أو غير ذلك فقد خرج من الرهن[2] خلافاً للشافعي[3]، لقوله تعالى: ﴿ فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ ﴾[4]، فعم سائر أحوالها، ولأنها حال من أحوال الرهن فكانت[5] تبقيته في يد الراهن باختيار المرتهن مخرجة له عن الرهن، أصله الابتداء.

فصل[7. في عقد الرهن قبل وجوب الحق]

يصح عقد الرهن قبل وجوب الحق، فإذا وجب الحق كان رهناً به بذلك العقد ولا يحتاج إلى استئناف عقد ثان، وكذلك يصح تقدم الضمان على الحق المضمون[6]، وقال الشافعي: لا يصح[7]، ودليلنا قوله تعالى: ﴿ فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ ﴾[8] فعم، ولأنه أذن له في قبضه على وجه الأمانة والضمان فصح كالوديعة والقضاء إذا قال له: اقبض ما يجيئك به فلان من متاعي وديعة لي عندك، أو خذ هذا الكيس فاقبض منه حقك.

---

(1) انظر: الأم: (3/176-178)، مختصر المزني (ص: 95-97-98).
(2) انظر: التفريع: (2/263)، الرسالة: ص:231، الكافى: ص:410.
(3) انظر: الأم: (3/139-141)، مختصر المزني (ص: 93-94).
(4) سورة البقرة، الآية: 283.
(5) في (م): فكان.
(6) انظر: الكافى: (ص:410).
(7) انظر: الأم: (3/145)، مختصر المزني (ص: 93).
(8) سورة البقرة، الآية: 283.

فصل[8.وضع الرهن عند أمين]

يجوز أن يتفقا على أن يكون الرهن عند أمين يتراضيان به وإن لم يقبضه[1] المرتهن[2] خلافاً لمن قال: لا يصح إلا أن إذا قبضه المرتهن بنفسه[3]؛ لقوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾[4]، معناه من الراهن وهذا موجود، ولأنه مقبوض من الراهن بحق[5] برضا المرتهن فأشبه أن يقبضه بنفسه.

فصل[9.في جواز رهن المشاع]

يجوز رهن المشاع[6] خلافاً لأبي حنيفة[7]؛ لأنهم إن سلموا أن قبضه يصح فالظاهر يتناوله لقوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾[8]، وإن منعوه دللنا عليه بأن صفة القبض متساوية لا تختلف باختلاف ما يوجبه من كونه بيعاً أو رهناً، وقد ثبت أن بيع المشاع جائز، وأن بيع ما لا يمكن قبضه لا يصح إن كان[9] قبضه[10] ممكن، ولأنه[11] مما يصح قبضه بالبيع فصح ارتهانه كالمقسوم، ولأن الإشاعة[12] لا تمنع صحة الرهن كما لو رهن داراً من رجلين في عقد واحد.

---

(1) في (م): يقبضا.
(2) انظر: المدونة: (152/4)، الرسالة: (ص:231)، الكافى: (ص:410).
(3) قاله الحكم والحارث العكلى وقتادة وابن أبي ليلى (انظر: المغني: 288/4)
(4) سورة البقرة، الآية: 283.
(5) في (م): نحو.
(6) انظر: المدونة: (151/4-153)، التفريع: (262/2)، الكافى: (ص:410).
(7) انظر: مختصر الطحاوي (ص 92) مختصر القدوري مع شرح الميداني: (56/2).
(8) سورة البقرة، الآية: 283.
(9) كان: سقطت من (ق).
(10) في (م): بعضه.
(11) في (م): ولكنه.
(12) في (م): الأمر جاز.

فصل[10.في باقي المشاع المرهون]

إذا ثبت أن رهن المشاع جائز ولا يخلو باقيه أن يكون له أو لغيره، فإن كان للراهن لم يصح الرهن إلا أن يقبضه الكل؛ لأنه ما لم يقبضه فيد الراهن باقية عليه، وإن كان للمرتهن أو لأجنبي صح إذا خرجت يد الراهن عنه.

فصل[11.إذا تأخر الإقباض إلى أن مات الراهن]

إذا تأخر الإقباض إلى أن مات الراهن أو أفلس بطل الرهن[1]؛ لأن حق جميع الغرماء يتعلق بالتركة فلا يجوز أن يختص بها بعضهم دون بعض، وإنما يكون المرتهن أحق بتقدم[2] الحيازة قبل موت الراهن وتعلق حقوق الغرماء كلهم بالمال، وهذا متى أمكن الإقبال فلم يفعل، فأما إذا لم يمكنه بأن لم يزل يطالبه بالإقباض والراهن يوافقه إلى أن مات أو أفلس، فإن حق الراهن ثابت للمرتهن.

فصل[12.ضمان الأشياء المرهونة]

الأشياء المرهونة: منها ما يظهر هلاكه ولا يخفى كالعقار والحيوان، فهذا الضرب لا يكون مضموناً على المرتهن ويكون تلفه من المالك ما لم يكن من المرتهن تعد فيه، ومنها ما يخفى هلاكه وهو مما يغاب عليه ويبطن كالذهب والفضة والحلي والعروض، فهذا عندنا مضمون على المرتهن إذا قبضه فادعى تلفه يقاص به من حقه، إلا أن تقوم بيِّنة أو يعلم الراهن أنه تلف بغير صنعة ففيها روايتان: إحداهما سقوط الضمان، والأخرى ثبوته عليه وإن شرط فيما يضمن ألا ضمان عليه لم ينفعه وإن شرط فيما لا يضمن أن عليه ضمانه لم

(1) انظر: المدونة: (158/4)، الكافي: (ص:410-411).
(2) في (ق): بتقديم.

يلزمه، وإذا كان الرهن على يد أمين لم يضمن المرتهن هلاكه وكان هلاكه من ربه[1].

فصل[13. وجه التفريق بين ما يخفى هلاكه وبين ما يظهر]

وإنما فرقنا بين ما يخفى هلاكه وبين ما يظهر خلافاً لأبي حنيفة في إيجابه الضمان في الجميع[2]، (وخلافاً للشافعي في إسقاط الضمان في الجميع)[3] وقوله: إنه أمانة كالوديعة[4]؛ لأن الرهن ليس بجار مجرى الأمانات المحضة ولا مجرى المضمون المحض؛ لأنه قد أخذ شبهاً من الأمرين فلم يكن له حكم أحدهما على التحديد، وذلك أن الأمانة المحضة هي ما لا نفع فيه لقابضه بل النفع كله للمالك كالوديعة، والمضمون المحض هو ما يكون نفعه كله لقابضه كالمشتري أو بتعد أو جناية[5]، وما خرج عن هذا وأخذ شبهاً من الأمرين ترجح الأمر فيه ولو لم يكن له حكم المحض منهما، وفي مسألتنا: فلم[6] يكن تعد ولا جناية[7] فيضمن، ولا مما ينفرد المالك بالمنفعة به فيسقط الضمان عن المرتهن بل المنفعة لهما: للمالك بأن حصل له ما ابتاعه أو ملك وبقي[8] الدين في ذمة لأجل الرهن ولولاه لم يملكه فقد انتفع له، وللمرتهن بحصول التوثق به فلم يقبضه لمالكه، كالوديعة وإنما قبضه ليكون على وثيقة بحقه، وإذا أخذ شبهاً من الأمرين لم يجز أن ينفرد بحكم أحدهما

---

(1) في جملة هذه الأحكام انظر: الموطأ: (2/731-732)، المدونة: (4/155)، التفريع: (2/259)، الرسالة: (ص: 231)، الكافي: (ص: 412-413).
(2) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 94-95)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (2/56-57).
(3) ما بين قوسين : سقط من (ق).
(4) انظر: الأم: (3/167-176)، مختصر المزني (ص: 101)، الإقناع (ص: 101).
(5) في (م): خيانة.
(6) في (م): خا لم.
(7) في (م): خيانة.
(8) في (ق): هي.

على التحديد[1] فيجب الفصل بينه وبينهما وفي ذلك ثبوت ما قلناه[2]؛ لأن أحداً لم يفصل بينهما بما سواه.

ووجه قوله: إنه إذا قامت بيِّنة بهلاكه أو علم بأنه من غير صنعة[3] فلا ضمان عليه إذ سبب الضمان معدوم لأنه إنما يضمن لئلا يكون قد أتلفه وادعى أنه تلف بغير صنعة[4]، فإذا علم صدقه فلا ضمان ألا ترى أن العرف لما كان يشهد له فيما يظهر تلفه قُبِل قوله ولم يضمنه، ووجه إيجاب الضمان أن أصله مقبوض على ذلك فلا ينتفى عنه حسماً للباب، والأول أصح.

فصل[14. الضمان بقيمة الرهن والمقاصة به]

وإنما قلنا: يضمن بقيمته ويقاص به من دينه؛ لأن الضمان يتعلق بما حصل في قبضه، فإن جاء به وإلا فعليه بدله وهو القيمة، وإذا قلنا: يقاص به من دينه؛ لأن رب الرهن قد استحق في ذمة المرتهن حقاً فلم يكن لأحدهما مطالبة الآخر بما يستحقه إلا ويتوجه للآخر عليه مثل ذلك، فوجب القصاص وترادا الفضل بينهما، فإن كان فيه فضل عن الحق غرمه المرتهن، وإن كان أقل منه لزم[5] الراهن بقية الحق، وإن كان بقدره كان قصاصاً.

فصل[15. إذا شرط في الرهن خلاف موجبه]

وإنما قلنا: إذا شرط (في نوع منه خلاف موجبه لم ينفعه؛ لأنه شرط)[6] ينافي حكم أصل العقد فلم يثبت، أصله إذا شرط في الوديعة أنه ضامن أو

(1) في (ق): التجريد
(2) في (م):ما قلنا به.
(3) في (م): صيغته.
(4) في (م): صيغة.
(5) في (م): وإن إقامته لرهن الراهن.
(6) ما بين قوسين: سقط من (م).

شرط (في القرض أنه غير ضامن، ولأن ما يلزم العقد ويكون هو أصل في)[1] قبضه إذا شرط فيه انتفاؤه لم يصح كما لو شرط في النكاح أنه لا يطأ، وفي البيع أنه لا يتصرف في المبيع.

فصل[16. تلف الرهن على يد أمين]

وإنما قلنا: إن الرهن إذا كان على يد أمين: فإن تلفه من ربه؛ لأن المرتهن إنما يضمنه بالقبض والحوز وهذا معدوم، والأمين هو في يده أمانة لأنه قبضه لمنفعة غيره لا لمنفعة نفسه فلم يضمنه، ولأن ربه لم يرض بأمانة المرتهن فلم يكن له عليه سبيل.

فصل[17. في تلف الرهن المضمون في يد المرتهن]

إذا ثبت ما ذكرناه فتلف الرهن المضمون في يد المرتهن: فإن اتفقا على قيمته وقدر الدين فلا كلام، وإن اختلفا لم يخلو اختلافهما أن يكون في قدر الحق أو في قيمة الرهن أو فيهما:

فإن كان في قيمة الرهن وصفة المرتهن وقوّم على صفته فإن وافقه الراهن على صفته قوّم على تلك الصفة، فإن خالفه فالقول قول المرتهن مع يمينه في ذلك لأنه غارم، والأصول موضوعة على أن القول قول الغارم مع يمينه، فإذا قومه أهل الخبرة على الصفة التي حلف عليها المرتهن حط مقدار دينه من القيمة وأخذ فضلاً إن بقي له أو رجع عليه بفضل إن بقي عليه..

فإن امتنع المرتهن أن يحلف على الصفة التي ادعاها ثم ردت اليمين على الراهن فحلف على ما يدعيه من الصفة ثم قُوِّم الرهن على صفته، وإن جهلت صفته حلف المرتهن على قيمته فقط لأنه لا يوصل إلى أكثر من ذلك..

---

(1) ما بين قوسين: سقط من (م).

ومن ادعى منهما في الصفة ما يكذبه العرف لم يلتفت إلى دعواه، فأما إن اتفقا على صفته واختلفا في قدر الحق الذي رهن به: فإن المرتهن يحلف على ما يدعيه ثم يثبت له منه قدر قيمة الرهن[1]، ويقال للراهن: إما أن تحلف على ما تدَّعيه ويسقط عنك قدر ما زاد على قيمة الرهن، وإلا لزمك ما حلف عليه المرتهن، وكذلك لو كان الرهن قائماً بحاله.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن المرتهن إذا قبض الرهن وحازه شاهداً له بقدر ما يدعيه؛ لأن العادة جارية بأن الناس إنما يرتهنون ما يساوي ديونهم أو يقاربها لا ما لا يفي[2] بها، فإذا ادعى أحدهما ما يصدقه العرف وادعى الآخر ما يكذبه العرف كانت اليمين في جنبة[3] ما يصدقه العرف، ولأن أحداً لا يرتهن على ألف درهم ما يساوي عشرين درهماً ولا على عشرين درهماً[4] ما يساوي مائتين[5].

وإنما شرطنا أن يكون في يد المرتهن؛ لأنه إذا كان في يد أمين سواه، فإذا الراهن لم يرد ائتمانه عليه ولا أن يكون الرهن شاهداً له بدعواه، فكان القول قول المدعى عليه منهما[6] مع يمينه..

فأما إذا كان الخلاف في أصل هلاك الرهن فادعى المرتهن هلاكه وأكذبه الراهن فزعم أنه غيّبه وأنه باق بحاله: فإن المرتهن يحلف على أنه قد هلك ثم يكون الحكم في الصفة والتقويم على ما وصفناه.

---

(1) في (م): الراهن.
(2) في (م): لا ما بقى.
(3) في (م): في جنبه.
(4) درهماً: سقطت من (ق).
(5) في (م): مائتي درهم.
(6) منهما: سقطت من (م).

فصل[18. إذا اختلفا على عين رهن]

إذا اختلفا على عين رهن[1]: فقال الراهن: ليس هذا رهن، وقال المرتهن هذا الذي رهنته عندي، فالقول قول المرتهن؛ لأن المرتهن مؤتمن على عين الرهن، فالراهن يريد تضمينه وإثبات دعوى[2] عليه لا يعترف بها، ولأنه لما رضي بأمانته وأن يكون الرهن في قبضته ولم يتوثق منه بالإشهاد على عينه وجب أن يكون القول قوله في ذلك[3].

فصل[19. من أقر لرجل بسلعة في يده وادعى أنه رهنها]

ومن أقر[4] لرجل بسلعة في يده وادعى أنه رهنها منه على حق له عليه وأنكر ربها أن يكون رهنها منه وأنكر الدين[5]، فالقول قول رب السلعة مع يمينه[6]؛ لأن الذي هي في يده معترفاً له بها ويدعي تعلق من له بعينها فلا يقبل منه إلا ببينه، ولا يكفي في ذلك كونها بيده لأن ذلك لا يوجب تعلق حقه بها.

فصل[20. نماء الرهن]

نماء الرهن على ضربين: أعيان وغير أعيان، فغير الأعيان لا يدخل مع الرهن في كونه رهناً مع أصله، وذلك مثل الأجرة والغلة وما أشبه ذلك.

والأعيان ضربان: منها ما ينفصل ويتميز عن الأصل، ومنها ما لا يتميز، فالذي لا يتميز هو مثل كبر الصغير وسمن المهزول هذا لا خلاف أن حكمه حكم العين المرهونة.

---

(1) في (م): الراهن.
(2) في (م): دعواه.
(3) انظر: المدونة: (167/4)، التفريع: (264/2)، الكافي: (ص:413-414).
(4) في (م): أقره.
(5) في (م): وأنكر الدين واعترف به.
(6) انظر: التفريع: (264/2)، الكافي: (ص:415).

والمتميز نوعان: نوع منه نسل أو ما يجري مجرى النسل في الحكم فهذا يكون رهناً مع الأصل كولد الأَمَة والدابة وفسيل النخل[1] وفراخ الشجر، والنوع الآخر لا يوصف بذلك فلا يكون رهناً مع أصله كثمار النخل والشجر وألبان الماشية وأصوافها وما أشبه ذلك[2].

وإنما قلنا: إن الأجرة والغلة لا يكونان رهناً؛ لأنهما أعيان منفصلة عن الرهن لا يكون حكمها حكم الأصل فيما يعقد عليه من عقود المنافع والإجارات فلم يدخل معه في الرهن؛ لأن ذلك غلة وخراج والرهن تناول العين دون المنافع، ولقوله ﷺ: "الرهن ممن رهنه له غنمه"[3]، وذلك يفيد أنه منفرد به لا يتعلق لغيره حق فيه.

فصل[21.في حكم النماء الذي لا يتميز]

وإنما قلنا: أن ما لا يتميز مثل السمن والكبر حكمه حكم الأصل؛ لأنه نفس العين ليس بعين زائدة عليها، ولأنه لو نقص من العين لم يكن له حكم فكذلك إذا طرأ عليه.

وإنما قلنا: النسل رهن مع الأمهات؛ لأن كل حكم استقر في رقبة الأم دون منافعها، فإنه يسري إلى ولدها أصله ولد أم الولد (وولد المدبرة، ولأن الأصول موضوعة على أن كل حكم يثبت في الأمهات فإن الولد يتبع أمه فيه من ذلك الزكاة وولد أم الولد)[4]، والمعتق نصفه وإلى أجل والمدبرة والمكاتبة، فكذلك حكم الرهن، ولأنه نماء من جنس الرهن ومن خلقته وصورته كنماء المتصل به.

---

(1) فسيل النخل: صغار النخل (المصباح المنير، ص: 473).

(2) انظر: المدونة: (4/154-155)، التفريع: (2/260)، الرسالة: (ص:331)، الكافي: (ص:412).

(3) سبق تخريج الحديث.

(4) ما بين قوسين: سقط من (م).

وإنما قلنا: إن الثمن وغيره من خراجه ليس برهن معه خلافاً لأبي حنيفة[1]؛ لقوله ﷺ: "الرهن ممن رهنه له غنمه وعليه غرمه"[2] وهذه الإضافة تفيد إفراده ونفي الشركة عنه، ولقوله: "الرهن محلوب ومركوب"[3]، وفائدة ذلك استحقاق الراهن لما يحلب[4] منه ولأجرة ركوبه، ولأنه نماء مميز[5] عن الأصل مخالف له بالخلق والصورة كالكسب، أو لأنه نماء من غير جنسه كالأجرة.

فصل[22. نفقة الرهن]

نفقة الرهن على راهنه[6]؛ لأن الذي للمرتهن فيه حق التوثيق وذلك لا يستحق به نفقة عليه كالكفارة، ومنفعته وخراجه له دون مرتهنه؛ لأنه على ملكه وإنما للمرتهن منه حق التوثق، وهو أخذ دينه ثمنه عند تعذر أدائه.

فصل[23. إذا غصب عيناً ثم رهنها مالكها منه]

إذا غصب عيناً فهي مضمونة عليه بالغصب، ويصح أن يرهنها مالكها منه وهي في يده قبل أن يقبضها من الغاصب، فإذا رهنها منه صارت مضمونة عليه بالرهن إن كانت مما يضمن بالرهن وزال[7] ضمان الغصب[8] خلافاً للشافعي في قوله: إنه لا يزول ضمان[9] الغصب وإن كان رهناً[10]؛ لأنه عقد يقتضي إمساك العين بإذن المالك فوجب أن ينتفي حكم الغصب حال حصوله كالوديعة، ولأن ابتداء إمساك العين بإذن مالكها يمنع أن

---

(1) انظر: مختصر الطحاوي (ص:94)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (62/2).
(2) سبق تخريج الحديث.
(3) سبق تخريج الحديث.
(4) في (م): يجلب منه.
(5) في (م): متميز.
(6) انظر: المدونة: (161/4)، التفريع: (260/2)، الكافي: (ص:412).
(7) في (ق): زوال.
(8) انظر: المدونة: (174/4)، الكافي(ص:411-412).
(9) ضمان: سقطت من (ق).
(10) انظر: الأم: (254/3-256)، مختصر المزني (ص: 101-108)، الإقناع (ص: 101).

تكون مضمونة ضمان الغصب أصله إذا ابتدأ إرهان شيء عنده ابتداء، وإذا أقبضه منه ثم أعاده إليه، ولأن الرهن عقد يتعلق به الضمان، فإذا طرأ على الغصب سقط به ضمان الغصب أصله البيع.

فصل[24. في تعلق الرهن بجملة الحق وأبعاضه]

الرهن يتعلق بجملة الحق وأبعاضه، وفائدة ذلك أن يرهنه عبدين على ألف درهم فيقبض منها تسعمائة: فإن العبدين يبقيان رهناً بالمائة الباقية ولا يستحق على المرتهن[1] بتسليمهما ولا تسليم واحد منهما، وكذلك لو أقبضه العبدين فتلف أحدهما كان الباقي رهناً بجميع الدين، وكذلك لو كان الرهن مما ينقسم مثل أن يرهنه كرَّين من حنطة على مائة درهم فيقبض خمسين درهماً فلا يستحق عليه أن يرد من الرهن بقدر ما في مقابلة الحق[2] خلافاً لمن ذهب إلى أنه يستحق رد ما أدى بقدره[3]، ولأن الرهن مال محبوس بحق فوجب أن يكون محبوساً بكل حق منه أصله لو مات وعليه دين وخلف تركة، فإن بيعها محبوس بحق فوجب أن يكون محبوساً بكل حق منه أصله لو مات وعليه دين وخلف تركة بيعها محبوس بحق فوجب أن يكون محبوساً بكل حق منه، أصله لو مات وعليه دين وخلف تركة، فإن بيعها محبوس على الدين، (ولا يستحق الورثة منها شيئاً إلا بأداء جميع الدين) [4]، ولأنه وثيقة بحق فوجب أن يكون وثيقة به وكل جزء منه أصله الضمان.

فصل[25. فيمن أراد أخذ زيادة على حقه ويكون على حقه ويكون الرهن بها]

إذا رهنه رهناً بحق له[5] ثم أراد أن يأخذ زيادة على ذلك الحق، ويكون الرهن رهناً بها جميعاً جاز[6] خلافاً لأبي حنيفة وأحد قولي

---

(1) في (م): الراهن.
(2) انظر: المدونة: (159/4)، التفريع: (266/2)، الكافي: ص:414.
(3) لم أقف على من قال بذلك، بل كلام صاحب المغني يفيد الإجماع عليها (انظر: المغني: 399/4).
(4) ما بين قوسين: سقط من (م).
(5) في (م): يحق له عليه.
(6) انظر: التفريع: (262/2 - 263)، الكافي: (ص:414-416).

الشافعي[1] أنه يكون رهناً بالحق الأول دون الثاني؛ لأنه وثيقة بالحق، فإذا اشتغلت بحق جاز أن يشتغل بحق آخر مع بقاء شغلها بالحق الأول كالضمين[2]، ولأنها زيادة في التراهن[3] في حق المتراضين كالزيادة في الرهن؛ لأنه حق تعلق بعين[4] يستوفي من ثمنها فجاز أن يزاحمه في التعلق بها حق آخر، أصله أرش الجناية إذا طرأت عليه جناية أخرى.

فصل[26. في الرهن يرهن فضله من دائن ثان]

إذا رهن رهناً على مقدار قيمته أو أقل، فأراد أن يرهن فضله من آخر فليس له ذلك إلا بإذن مرتهنه: فإن رضي جاز وإن لم يرض نظر، فإن كان الحق بقدر الرهن[5] أو قيمته أقل من قدر الحق لم يجز له ذلك، وإن كانت قيمة الرهن زيادة على قدر الحق، فأراد أن يرهن فضله فاختلف فيه: فقيل: إنه يجوز وإن لم يرض، وقيل: لا يجوز إلا بإذنه[6].

وإنما قلنا: إنه لا يجوز إذا كان بقيمة الحق إلا بإذن مرتهنه لأن في ذلك رجوعاً عن الرهن، كما لو رهن عبدين ثم أراد انتزاع أحدهما وذلك لأن المرتهن الثاني يزاحم الأول في الرهن بعد تعلق حق الأول به وانفراده باستحقاقه فلم يجز إلا برضاه.

وإنما قلنا: إنه يجوز بإذن المرتهن الأول على كل وجه؛ لأن المنع من ذلك لحقه، فإذا رضي بإسقاطه لم يبق ما يمنع لأجله، ولأنه إن كان بقدر الحق فقد رضي بأن يزاحمه غيره كالمرتهن عنده عبدين، فأراد أن يرجع في أحدهما

---

(1) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 93)، الأم: (161/3).
(2) في (م): دون الثاني، لأنه وثيقة كالضمين.
(3) في (ق): الرهن.
(4) في (ق): بدين.
(5) في (م): القيمة.
(6) انظر: المدونة: (161/4)، التفريع: (266/2)، الكافي: (ص:414).

أو يرهنه من آخر: فإن المرتهن إذا رضي بذلك جاز، فإن كان بأكثر من قدر الحق كان أولى بالجواز؛ لأن الضرر مأمون فيه ..

ووجه القول بأنه إن رضي جاز ولا يجوز بغير إذنه لأن في ذلك إضراره ومشاركة لغيره في حقه، وذلك رجوع في الرهن، ولأنه يرضى بحق، فإذا زوحم فيه لم يجز إلا بإذن من تعلق حقه به أصله إذا كان بقدر الحق..

ووجه القول بأنه جائز وإن لم يأذن فلأنه لا ضرر عليه في ذلك لأنه حقه تقدم على حق الآخر إنما يستحق ما فضل عن قدر حقه وليس له حق فيما زاد على قدر حقه.

فصل[27.إذا رهن عبداً ثم أعتقه]

إذا رهن عبداً ثم أعتقه فلا يخلو أن يكون موسراً، فإن كان موسراً نفذ[1] عتقه وعجل[2] المرتهن حقه، وإنما قلنا ذلك؛ لأن العتق مبنى على التغليب (وفي إيقاع الراهن له رضا بتعجيل الحق لأن الرجوع في الرهن غير جائز، ولا يجوز الرجوع في العتق لقوته وإنه مبني على التغليب)[3]، فلو لم نقل أن الحق يتعجل لكان فيه رجوع الراهن عن الرهن وذلك غير جائز، فإن أراد أن يعطيه رهناً غيره، فقيل: يجوز إلى أجل الدين قاله شيخنا أبو بكر ويشبه أن يكون برضاه، وقال ابن القاسم: ليس له ذلك وهو الصحيح لأنه ليس له أن يتلف حقه من الوثيقة إلا بأداء الدين؛ لأن ذلك إن جُوِّز له جاز أن يبذل الرهن بغير رضاه وذلك غير جائز.

فأما إن كان الراهن معسراً، فإن العتق لا ينفذ ويبقى رهناً، فإن أفاد مالاً قبل الأجل نفذ العتق وعجل حق المرتهن على ما ذكرناه، وإن بقي على

---

(1) في (ق): بعد.
(2) في (م): وإن كان.
(3) بين قوسين: سقط من (م).

إعساره بيع العبد عند حلول الأجل، وقال أبو حنيفة: نفذ عتقه موسراً كان أو معسراً[1].

فدليلنا على أنه لا ينفذ مع[2] الإعسار قوله تعالى:[3]، ولأنه معنى يبطل حق الوثيقة من الرهن فلم ينفذ مع الإعسار كالبيع، ودليلنا على نفوذه مع اليسار[4]؛ لأنه لا يبطل حق المرتهن من التوثق؛ لأنه إما أن يعجل له حقه فذلك مقدم على التوثق؛ أو أن يوضع له رهن مكانه، فحق التوثق باق لهذا فارق الإعسار[5].

وإنما قلنا في الإعسار أنه إذا أفاد مالاً قبل الأجل نفذ العتق وعجل المرتهن حقه لأن المنع[6] من نفوذه إنما كان لحق المرتهن، فإذا زال هذا المعنى لم يبق ما يمنع العتق لأجله كاليسار..

وإنما قلنا: يعجل له حقه لما بيناه من أن إعتاقه رضا بتعجيل[7] الحق، وإنما قلنا: إن بقي على إعساره بيع عند الأجل[8]؛ لأنه باق على الرق لأن العتق لم ينفذ فحق التوثق متعلق به.

فصل[28. عدم جواز وطء الأمة بعد رهنها]

إذا رهن أمته لم يجز له وطؤها[9]؛ لأن في ذلك إعادتها إلى قبضه[10] وتعريضاً لبطلان حق المرتهن منها؛ لأنها قد تحمل فتكون أم ولده فلا يجوز رهنها، فإن فعل نُظر، فإن كان بإذن المرتهن بطل الرهن؛ لأن إذنه له

---

(1) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 93) مختصر القدوري مع شرح الميداني: (2/58-59).
(2) على أنه لا ينفذ: سقطت من (م).
(3) سورة المائدة، الآية: 1.
(4) في (ق): الإبسار.
(5) في (م): الاعتبار.
(6) في (م): المبيع.
(7) في (ق): بتعجل.
(8) في (م): على الإعسار بيع العبد للأجل.
(9) انظر: المدونة: (4/175)، التفريع: (2/261)، الكافي: (ص:405).
(10) في (ق): ضبطه.

في التصرف رضاً منه بإعادته إلى قبض الراهن، فقد بيَّنا أن استدامة القبض من شرط صحة الرهن، وإن كان بغير إذنه فإن لم تحمل فهي رهن بحالها، وإن حملت وله مال كانت أم ولده وعجل للمرتهن حقه اعتباراً بالعتق، وإن لم يكن له مال بيعت وقضى الحق من ثمنها اعتباراً بالعتق المنجز، فإن كان ثمنها أقل من الحق ابتاعه بالباقي في ذمته، وإن كان ثمنها أكثر بيع منها بمقدار[1] الحق وكان ما بقي بحساب أم الولد لأن الزيادة لا حق للمرتهن فيها، ولا يباع الولد بحال؛ لأنه واطئ لأمته داخل على حرية ولده، وإن كان فيه شبهة على ما ذكرناه..

فإن وطئها المرتهن فهو زان والحد لازم له والولد لا يلحق ويكون معها رهناً يباع ببيعها..

وإنما قلنا: إنه زان لأن الوطء لا يستباح إلا بنكاح، أو ملك وكل ذلك معدوم وليس بواطئ شبهة، فلذلك يلزمه ما يلزم الزاني..

وقلنا: إن الولد رهن[2] معها اعتبارا بزناها بغيره، وإن وطئها بإذن الراهن وإحلالها (فذاك شبهة إن كان يظن أن مثل هذا يبيح الوطء وتلزمه قيمتها للراهن) [3] لتكامل أم ولد، وتكون أم ولد[4] إن حملت ولا تلزمه قيمة الولد؛ لأن السيد لما أباحه وطأها صار منتفعاً بها بإذنه؛ ودخل على أن ولده حر.

---

(1) في (م): بقدر.
(2) في (م): يرتهن.
(3) ما بين قوسين: سقط من (م).
(4) وتكون أم ولده: سقطت من (م).

فصل[29. في غلق الرهن]

نهي النبي -ﷺ- عن غلق الرهن[1] ووصفه أن يرهن منه رهناً على أنه إن جاءه بحقه عند أجله وإلا فالرهن له، ومتى شرط ذلك لم يصح والرهن على ملك راهنه[2]..

وإنما قلنا ذلك لنهيه ﷺ عن غلق الرهن والنهي يقتضي الفساد، ولأنه بيع غرر ومجهول؛ لأنه لا يعلم كيف يكون الرهن وقت أخذه ولا صفته، ولأنه تعليق بيع بصفة وعقود المعاوضة لا تقف على الصفات كقوله إذا قدم زيد بعتك سلعتي هذه.

فصل[30. منع بيع الرهن بغير إذن المرتهن]

إذا باع الراهن بغير إذن المرتهن لم يجز بيعه[3]؛ لأن في ذلك إبطال حق الوثيقة، وإن باعه بإذنه جاز، ولم يلزم تعجيل الحق إلا بعد يمين المرتهن له أنه ما أذن له في ذلك إلا ليتعجل[4] حقه.

فصل[31. جواز توكيل الراهن المرتهن في بيع الرهن]

يصح توكيل الراهن للمرتهن في بيع الرهن وأخذ ثمنه عند حلول الأجل وتعذر أداء الحق ويكون له بيعه[5] خلافاً للشافعي[6]، اعتباراً بتوكل الأجنبي..

فإذا ثبت جوازها فإنها تكره عند مالك فيما له خطر وبال، ويجوز عند أشهب، وإنما كرهت لأن بيعه عند الحاكم أحوط لهما وأحسم لدعوى الراهن محاباة المرتهن نفسه بترك الاستقصاء، وليكون أسلم للمرتهن.

---

(1) سبق تخريج الحديث.
(2) انظر: الموطأ: (2/728-729)، المدونة: (4/164).
(3) انظر: المدونة: (4/172)، التفريع: (2/265)، الكافي: (ص:414).
(4) في (ق): ليعجل.
(5) انظر: التفريع: (2/265)، الكافي: (ص: 416).
(6) انظر: الأم: (3/170)، مختصر المزني (ص: 94-95)، المهذب: (1/310).

فصل[32.عدم جواز فسخ وكالة الوكيل في الرهن]

فإن أراد الراهن فسخ وكالة الوكيل لم يكن له ذلك، وقال إسماعيل بن إسحق له ذلك[1]، وهو قول الشافعي[2]، ودليلنا أن هذه الوكالة قد تعلق بها حق المرتهن وهو تولي بيع الرهن ليصل المرتهن إلى أخذ[3] حقه، وفي فسخها إبطال هذا المعنى، واعتبرها إسماعيل بسائر الوكالات وبأنها من العقود الجائزة.

فصل[32.في مال العبد المرهون]

مال العبد ليس برهن معه[4]، لأنه ملك له دون السيد ما لم ينزعه السيد منه، ورهن العبد ليس بانتزاع لما له بخلاف البيع.

---

(1) انظر: التفريع: (265/2)، الكافي: (ص:416)
(2) انظر: مختصر المزني (ص: 94)، المهذب: (310/1).
(3) أخذ: سقطت من (م).
(4) انظر: التفريع: (261/2)، الرسالة: (ص:231) الكافي: (ص:412)

كتاب الحجر[1]

ويحجر على الأصاغر حتى يبلغوا[2] ويؤنس منهم الرشد[3]، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿ وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْيَتَٰمَىٰ ۖ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ ﴾[4]، وقوله: ﴿ وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾[5]، وقوله: ﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَٰلَ ٱلْيَتَٰمَىٰ ظُلْمًا ﴾[6] الآية، ولأن الصغير لا يعرف حظه ولا يحسن التصرف في مال نفسه[7]، فكان كالمجنون فوجب الحجر عليه وأن ينظر وليه في ماله (فجعل فيه بالصلاح فإذا بلغ لم يدفع)[8] إليه دون أن يختبره ويعرف رشده[9] من فساده وإمساكه على نفسه[10] من تبذيره وإضاعته؛ لقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾[11]، فعلق انفكاك[12] الحجر بالبلوغ وإيناس الرشد، وكان الحجر عليه في الصغر إنما كان لهذا المعنى فإذا بلغ فهو على تلك الحال فالحجر عليه مستحب، واعتباراً ببلوغه مجنوناً.

---

(1) **الحجر في اللغة**: قال ابن فارس الحاء والجيم والراء أصل واحد وهو المنع والإحاطة على الشيء، وفي **الاصطلاح**: صفة حكيمة توجب منع موصوفها نفوذ تصرفه في الزائد على قوته أو تبرعه بزائد عن ثلث ماله، معجم مقاييس اللغة: (138/2)، حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع ص: 313).

(2) في (م): البقر.

(3) انظر: المدونة: (105/4-115)، التفريع: (265/2)، الكافي: (ص:423).

(4) سورة البقرة، الآية: 220.

(5) سورة النساء، الآية: 6.

(6) سورة النساء، الآية: 10.

(7) في (م): ماله.

(8) ما بين قوسين: سقط من (ق).

(9) في (م): ويعرف سداده.

(10) في (م): وإصلاحه لنفسه.

(11) سورة النساء، الآية: 6.

(12) انفكاك: سقطت من (ق).

فصل[1. إيناس الرشد]

إيناس الرشد الذي ينفك معه الحجر هو: إصلاح المال[1] وضبطه وترك تبذيره وإنفاقه في وجوهه، فإذا بلغ الصبي وهو بهذه الصفة انفك حجره سواء كان فاسقاً في دينه أو عدلاً[2]، خلافاً للشافعي في قوله: إنه يحجر على الفاسق، وإن كان مصطلحاً لماله[3]؛ لأن الحجر في المال لمعنى يرجع إلى إضاعته وتبذيره لا إلى قلة الدين، ألا ترى أنه يبتدى الحجر على البالغ متى وجد فيه هذا المعنى كما يستدام في الصغير، وقد ثبت أن الفسق لو طرأ على الكبير لم يحجر عليه فكذلك إذا بلغ وهو موجود به، ولأنه معنى لا يؤثر في تبذير ماله ولا إضاعته فلم يوجب الحجر كسائر أفعاله وتنقله[4] في المذاهب.

فصل[2. جواز بدأ الحجر على الأكابر]

ويبتدأ الحجر على الأكابر المبذرين لأموالهم[5] خلافاً لأبي حنيفة[6]؛ لأنه إجماع الصحابة روي عن عثمان وعلي والزبير[7] وابنه وعائشة – ﷺ – وذلك أن عبد الله بن جعفر[8] اشترى أرضاً (سبخة بمال عظيم غبن فيه) [9] فقال علي –رضوان الله عليه– : قم لأحجر عليك، فشكى (عبد الله إلى الزبير فقال: أنا شريكه)[10] فحمله علي إلى عثمان فطلب منه أن يحجر

---

(1) في (ق): الحال.
(2) انظر: التفريع: (256/2)، الكافي: (ص:424).
(3) انظر: الأم: (215/3)، مختصر المزني (ص: 105)، الإقناع (ص: 104).
(4) في (ق): ونتلفه.
(5) انظر: التفريع: (256/2)، الكافي: (ص:423 - 424).
(6) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 97)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (68/2).
(7) الزبير بن العوام بن خويلد بن أسد بن عبد العزي بن قصي بن كلاب، أبو عبد الله القرشي، أحد العشرة المشهود لهم بالجنة، قتل سنة ست وثلاثين بعد منصرفه من وقعة الجمل (تقريب التهذيب ص: 214).
(8) عبد الله بن جعفر: بن أبي طالب الهاشمي أحد الأجواد ولد بأرض الحبشة وله صحبة، مات سنة ثمانين وهو ابن ثمانين (تقريب التهذيب ص: 298)..
(9) ما بين قوسين: سقط من (م).
(10) ما بين قوسين: سقط من (م).

عليه فقال عثمان: كيف أحجر على رجل شريكه الزبير[1]، وهذا يدل على استحقاق الحجر لولا أن شريكه ضابط لا يخاف منه الدخول فيما يتلف ماله ولم يظهر لهم مخالف، ولأن كل من في منعه من ماله صلاح له وفي تركه معه إتلافه وإضاعة له[2] وخوف الفقر عليه فإن الحجر عليه مستحق أصله الصغير، ولأن البلوغ لا يمنع الحجر مع تبذير المال وإضاعته أصله إذا بلغ مبذراً.

فصل[3.انفكاك الحجر عن الصغيرة]

لا ينفك الحجر عن الصغيرة حتى تبلغ وتتزوج ويدخل بها زوجها وتكون مصلحة لمالها[3]، خلافاً لأبي حنيفة[4] والشافعي[5] في قولهما: إن الحجر يفك عنها بمجرد البلوغ وإيناس الرشد من غير حاجة إلى الزواج[6]؛ لأنها بالبلوغ لم تخبر الرجال ولا عرفت المعاملات ولا تقف[7] على إصلاح المال ووجوه الغبن فكان الحجر عليها مستصحباً حتى إذا دخل بها الزوج وعرفت الرجال وما يراد منها وبرز وجهها وعرفت المعاملات وعلم منها ضبطها لمالها فك حجرها، وهذا هو الفرق بينها وبين الغلام.

فصل[4.في حد البلوغ]

حد البلوغ في الذكور الاحتلام أو الإنبات أو أن يبلغ من السن ما يعلم أن من بلغه فقد بلغ في العادة، ولم يحد مالك –رحمه الله– فيها حداً؛ وقال أصحابنا: مثل سبعة عشرة سنة أو ثمان عشرة سنة، وهذه الأوصاف هي

(1) أخرجه البيهقي: (61/6).
(2) في (م): إضاعته.
(3) انظر: التفريع: (256/2)، الكافي: (ص: 423)، المقدمات: (345/2).
(4) لأبي حنيفة: سقط من (م).
(5) انظر: مختصر القدوري مع شرح الميداني: (71/2)، مختصر المزني (ص: 105).
(6) في (م): زوج.
(7) في (م): ولا وقفت.

علامـات في النسـاء، ويـزدن علـى الـذكور بـالحيض والحمـل[1]، وقـال أبـو حنيفـة: لا معتـبر بالإنبـات في البلـوغ[2]، وقـال الشـافعي: يحكـم بـه[3] في المشركين، وله قولان في أنه بلوغ أو دلالة على البلوغ وفي أنه يكون بلوغاً في المسلمين أو لا[4]، فدليلنا على اعتباره ما روى عطية عن سعد قال حكَّمني رسول الله -ﷺ-: في بني قريظة فحكمت[5] بقتل مقاتلهم وسبي ذراريهم فكنا نكشف عن مؤتزرهم فمن[6] أنبت منهم قتلناه، ومن لم ينبت جعلناه في الـذراري فقـال رسـول الله -ﷺ-: "حكمـت[7] بحكـم الله"[8]، وقولـه "الجزية على من جرت عليه المواسي"[9]، وكذلك كتب عمر رضي الله عنه في أخذ الجزية[10]، وما روي عن عثمان رضي الله عنه في الغلام الذي سرق: إن كان أخضر مؤتزره فاقطعوه[11]، ولأنا لو قصرنا البلوغ على السن لم يكن لنا دلالة عليه فأمكن حجرها فيؤدي إلى إسقاط الأحكام فوجب اعتبار معنى زائد عليها وليس إلا ما قلناه.

فصل[5. في الرد على قول الشافعي في فصله بين المسلمين والمشركين]

دليلنا على الشافعي – في فصله بين المسلمين والمشركين – أن كل ما جاز أن يكون بلوغاً أو دالاً على البلوغ في الكافر جاز في المسلم، أصله السن والاحتلام؛ ولأن دلالته على ذلك ليست بمعنى يرجع إلى الدين وإنما

---

(1) انظر: التفريع: (256/2)، الكافي: (ص:424)، المقدمات: (345/2).
(2) انظر: مختصر القدوري مع شرح الميداني: (71/2).
(3) في (م): بالإنبات.
(4) انظر: مختصر المزني(ص: 105)، المهذب: (330/1-331).
(5) في (م): فحكم.
(6) في (ق): هل.
(7) في (م): حكم.
(8) أخرجه البخاري في المغازي، باب: مرجع النبي -ﷺ- من الأحزاب: (50/5)، ومسلم في الجهاد والسرايا، باب: جواز قتال من نقض العهد: (1389/3).
(9) هو من قول عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- أخرجه البيهقي: (198/9).
(10) أخرجه البيهقي: (198/9).
(11) أخرجه عبد الرزاق: (338/7).

هو لمعنى يتعلق بالعادات وهذا يستوي فيه المسلم والكافر، والخمس عشرة سنة ليست ببلوغ ولا حداً له، وحكي عن ابن وهب اعتبارها وهو قول الشافعي؛ لأن ذلك لا يخلو أن يكون معلقاً بأكثر منها في العادة أو بأقصاه وكلا الأمرين باطل، وحديث ابن عمر مختلف عليه فيه فروي أنه ﷺ رده في ثلاث عشرة سنة، وأجازه في أربع عشرة سنة[1]؛ ولأن ذلك يرجع على إطاقة القتال لا إلى البلوغ.

فصل[6. اشتراط حكم الحاكم في ابتداء الحجر]

البالغ إذا ابتدئ الحجر عليه لم يحجر عليه إلا بحكم[2] الحاكم[3] خلافاً لمحمد بن الحسن[4]، لأنه أمر مختلف فيه محتاج إلى اجتهاد ونظر في حاله واختبار لأمره فاحتيج في قطعه وكونه بصفة من يلزمه الحجر إلى حكم الحاكم.

فصل[7. اشتراط حكم الحاكم لانفكاك الحجر عن المحجور عليه]

لا ينفك الحجر عن المحجور عليه بحكم أو بغير حكم إلا بحكم الحاكم[5]؛ لأنه محتاج إلى اختبار حاله وزوال المعنى الذي حجر عليه لأجله، وسواء في ذلك الصبي والمجنون[6] والبالغ والمفلس، والحجر ينفك عن البكر ببلوغها ودخول الزوج بها ومعها إيناس الرشد على ما بيناه.

---

(1) أخرجه البخاري في الشهادات، باب: بلوغ الصبيان وشهادتهم: (58/3)، ومسلم في الإمارة، باب: البيعة على السمع والطاعة فيما استطاع: (149/3).
(2) في (م): إلا بالحاكم.
(3) انظر: الكافي: (ص: 423).
(4) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 98)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (69/2).
(5) انظر: الكافي: (ص: 423).
(6) في (م): المحجور.

فصل[8.في استدانة السفيه بغير إذن وليه]

إذا استدان السفيه بغير إذن وليه لم يلزمه بعد فك حجره وإذا استدان العبد بغير إذن سيده ثم أعتق اتبع[1] به إلا أن يكون سيده[2]، والفرق أن المحجور عليه لسفهه حجر عليه لحق نفسه، فلو كان[3] الدين يلحقه لم ينفع الحجر عليه شيئاً، والعبد حجر عليه لحق سيده فإذا اعتق زال حق السيد فأتبع به[4].

فصل[9.في اختبار المحجور عليه والصغير بالإذن له في التجارة]

لولي المحجور عليه بالسفه أو الصغير أن يأذن له في التجارة في قدر من ماله يعينه ليختبره وينظر هل تغيرت حاله وهل قد صار موضعاً لتسليم ماله إليه؟، وما استدان بشيء وجب في المال بيده[5]، لأن إذن الولي له في التجارة به يقتضي حق من يستدينه؛ لأنه داينه عليه ولا يلحق ذمته لبقاء الحجر فإن زاد الدين على قدر ما في يده لم ينتفع به.

فصل[10.في تصديق الوصي فيما ينفقه على اليتيم]

يُصدَّق الوصي على ما يذكره من نفقة اليتيم إذا أتى بما يشبه ذلك إذا كان في منزله وحضانته، وإن لم يكن عنده وكان عند أم أو حاضنة يدفع الوصي إليهما نفقته فعليه أن يقيم البينة بما دفع إليهما..

ونفقة الأيتام تختلف بحسب اختلاف أحوالهم وأموالهم فإن كان لليتيم مال واسع وقد ألف النعمة[6] والتوسعة والرفاهة وسَّع عليه على قدر ماله في إدامه وكسوته، وإن كانت أمه فقيرة فالنفقة لها في مال ابنها ولا نفقة لها

---

(1) في (م): أبيع.
(2) أن يكون سيده: سقطت من (ق).
(3) في (م): فلولا أن.
(4) انظر: التفريع: (2/257)، الكافي: (ص:423)، المقدمات: (2/342).
(5) انظر: الكافي: (ص:423 - 424)، المقدمات: (2/342-345).
(6) والسعة: سقطت من (م).

إن كانت موسرة إلا أن تكون هي حاضنته، ولأنها تتشاغل به عن أمورها وتستحق عليه أجرة ولا يوجد من يقوم بحضانته بغير أجرة فإنها تُعطى بقدر ما تستحقه من القيام عليه.

ولا بأس بتأديب اليتيم وبضربه[1] بالرفق والمعروف إذا احتيج إلى ذلك لأن فيه مصلحة له وتأديباً وحسن تربية؛ لأن ولاية الوصي على اليتيم كولاية الإمام على رعيته تؤدي إلى[2] الحظ والصلاح له في تأديبه..

فأما خلط نفقة اليتيم بنفقة الوصي فجائز إذا عادت بالرفق والتوفير[3] على اليتيم فإن عادت برفق الوصي فلا يجوز[4]، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ وَإِن تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ﴾[5].

فصل [11. التجارة في مال اليتيم]

التجارة في مال اليتيم جائزة إذا كان في ذلك حظاً له[6]؛ لقوله تعالى: ﴿قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ﴾[7]، وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: اتجروا في أموال اليتامى لا تأكلها الزكاة[8] وقد ورد مرفوعاً[9]؛ ولأن ذلك نظر له ومصلحة وتنمية لماله وتعويضاً للتثمير فيما أمكن من فعله به وكان فيه الحظ له جاز، وسواء كان بتجارة أو شراء ضيعة أو عقار ليستغل أو ما يراه الناظر له حظاً وصلاحاً، ولا ضمان على الوصي في نقص إن حدث لأنه أمين.

---

(1) في (م): ويضرب.
(2) في (م): تؤدبه من ولى.
(3) في (م): والترفق.
(4) انظر: في جملة هذه الأحكام انظر: المدونة: (113/4-115 و88-290)، التفريع: (257/2-258)، الرسالة: (ص: 250)، الكافي: (ص: 458-550).
(5) سورة البقرة، الآية: 220.
(6) انظر: المدونة: (115/4)، الموطأ: (251/1).
(7) سورة البقرة، الآية: 220.
(8) أخرجه مالك في الموطأ: (251/1)، البيهقي: (107/4).
(9) أخرجه الطبراني بسند ضعيف (انظر: نصب الراية: 333/2).

فصل[12. الأكل من مال اليتيم]

إذا كان وصي اليتيم أو الأمين محتاجاً جاز أن يأكل من مال اليتيم بقدر أجر مثله[1]، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إنه لا يجوز له أخذ شيء من ماله[2]؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[3]، وروي عن عائشة –رضي الله عنها– قالت: رخص رسول الله –ﷺ– لولي اليتيم أن يأكل بالمعروف[4]، ولأنه ناظر في مصلحة غيره وقيِّم عليه فجائز[5] له أن يأخذ بقدر الحاجة أصله الإمام.

فصل[13. طلب الوصي بماله]

إذا بلغ اليتيم فطالب الوصى بماله فزعم أنه قد دفعه إليه لم يقبل منه إلا ببيِّنة[6]، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن القول قوله مع يمينه[7]، لقوله تعالى: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ فَأَشْهِدُواْ عَلَيْهِمْ﴾[8]، فأمر الولي بالتوثق لنفسه بالإشهاد عند تسليم الأمانة التي في يده إلى غير من ائتمنه عليها فلو لا أنه يضمن متى جحد وإلا[9] لم يكن للأمر بالتوثق فائدة، ولأنه مأمور بدفع المال المؤتمن عليه إلى غير من ائتمنه عليه[10] فوجب ألا يقبل قوله إلا ببيِّنة مع الإنكار له أصله المودع إذا دفع الوديعة إلى أجنبي وقال: الأجنبي لم آخذ شيئاً.

---

(1) انظر: التفريع: (257/2)، أحكام القرآن – ابن العربي: (1405/3).
(2) انظر: مختصر القدوري مع شرح الميداني: (224/2-225)، حاشية: ابن العبدين (696/5).
(3) سورة النساء، الآية: 6.
(4) أخرجه البخاري في التفسير، باب: سورة النساء، (177/5)، ومسلم في التفسير: (2315/4).
(5) في (م): فجاز.
(6) انظر: التفريع: (257/2).
(7) انظر: المبسوط: (178/20-179).
(8) سورة النساء، الآية: 6.
(9) وإلا: سقطت من (ق).
(10) عليه: سقطت من (ق).

فصل[14. في عدم جواز تصرف الزوجة فيما زاد على ثلث مالها إلا بإذن زوجها]

لا يجوز للمرأة ذات الزوج أن تأخذ شيئاً من مالها ولا تتصدق ولا تعتق ولا تخرجه في معاوضة أو مصلحة فيما زاد على الثلث إلا بإذن زوجها[1]، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما: إنه لا حق لزوجها في منعها[2]، لقوله ﷺ: "لا يحل لامرأة ملك زوجها عصمتها عطية في مالها إلا بإذن"[3] وهذا نص، وقوله: "تنكح المرأة لدينها ومالها وجمالها..." [4] وذلك يفيد أن للزوج حقاً في تبقية مالها[5] بيدها، ولأن العادة جارية بأن[6] الزوج يتجمل بمال زوجته وله فيه معونة وتبقية، ويبين ذلك أن مهر المثل يقل ويكثر بحسب مالها وكثرته، كما يقل ويكثر بحسب بروزها في الجمال، وإذا ثبت ذلك فليس لها إبطال غرض الزوج مما لأجله رغب في نكاحها، وكمل لأجله صداقها.

فصل[15. إذا زادت عطية الزوجة على الثلث]

إذا ثبت منعها من ذلك فإن زادت على الثلث: فقال مالك: رد جميعه لأنه من الضرر، وقال المغيرة: يجوز منه قدر الثلث[7] (فلظنه الرواية اعتباراً بالمرض، وإنما أجزنا لها الثلث) لأن الحديث مقيد في المنع بما زاد عليه) [8]، ولأن كل من منع من إخراج ماله على غير معاوضة لحق الغير الذي يعاوض عليه فإن المنع يتعلق بما زاد على الثلث أصله المريض.

---

(1) انظر: التفريع: (256/2)، الكافي:(ص:424).

(2) هو رأي جمهور العلماء، انظر: المغني: (464/4).

(3) أخرجه أبو داود في البيع باب: في عطية المرأة بغير إذن زوجها: (816/3)، وابن ماجه في الهبات باب عطية المرأة بغير إذن زوجها: (798/2) وهو من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

(4) سبق تخريج الحديث.

(5) في (م): المال.

(6) في (م): على أن.

(7) انظر: التفريع: (256/2)، الكافي: (ص:424).

(8) ما بين قوسين: سقط من (م).

باب: في الحجر على المفلس وحبس المديان

إذا طلب الغرماء الحجر على المفلس[1]، فإن الحاكم يحجر عليه[2] خلافاً لأبي حنيفة في قوله: ليس له أن يحجر عليه بل يأخذه بقضاء الدين ويحبسه حتى يبيع ويقضي[3]) لأنه ﷺ حجر على معاذ وقال لغرمائه: "خذوا ما معه ليس لكم غيره"، وقال الزهري: أدان معاذ دينا[4] فباع رسول الله -ﷺ- ما له حتى قضى دينه[5]، وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: ألا أن أسيفع جهينة رضي لدينه وأمانته أن يقال سبق الحاج[6] ثم أدان مقرضاً فمن كان له عليه شيء فليحضر فإنا نبيع ماله[7]، ولا مخالف له.

فإذا ثبت استحقاق الحجر عليه فإن الحاكم يبيع ماله من عروض وعقار وحيوان وغير ذلك[8]، خلافاً لأبي حنيفة في قوله لا يبيع عليه العقار[9]؛ للأخبار التي رويناها وهي عامة، ولأن كل دين يباع فيه الذهب والفضة جاز أن يباع فيه العقار كنفقة الزوجات، واعتباراً بموت المفلس إذا ادعى المديان الإفلاس ولا يعلم صدق مقولته[10] من كذبه فإن الحاكم يحبسه ليتبين

---

(1) المفلس: التفليس يعني الأعدام يقال منه أفلس الرجل إذا صار ذا فلوس بعد ان كان ذا دراهم، هذا في اللغة، أما في الاصطلاح: فالتفليس: الأخص: حكم الحاكم بخلع كل ما لمدين لغرمائه لعجزه عن قضاء ما لزمه، والأعم: قيام ذي دين على مدين ليس له ما يقي به (غرر المقالة (ص: 249)، حدود ابن عرفة ص: 311).
(2) انظر: المدونة: (116/4)، التفريع: (249/2-254)، الرسالة: (ص:249)، الكافى: (ص:417).
(3) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 95-96)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (72/2-73).
(4) دينا: سقطت من (م).
(5) أخرجه مسلم في المساقاة باب استحباب الوضع من الدين: (1193/2).
(6) الحاج: سقطت من (م).
(7) أخرجه البيهقي: (49/6).
(8) انظر: المدونة: (116/4)، التفريع: (250/2-251)، الكافى: (ص:420).
(9) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 96-97)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (72/2-75).
(10) في (م): قوله.

أمره[1]، والأصل[2] في ذلك قوله ﷺ "لي الواجد يحل عرضه وعقوبته"[3] والعقوبة ها هنا الحبس، وروي أنه ﷺ: "حبس في تهمة"[4]، وقد حبس كثير من الصدر الأول.

فصل[1. في كون تقدير الحبس موكول إلى اجتهاد الحاكم]

والحبس موكول إلى اجتهاد الحاكم على قدر ما يغلب في ظنه من تهمة الغريم من غدره وإلطاطه[5]، وتغيب ماله وليس بمقدر بمدة محصورة خلافاً لأبي حنيفة في تقديره إلى شهرين أو ثلاثة[6]؛ لأن الغرض هو اعتبار حاله وتبين إعساره من إيساره، والعلم بذلك ربما وقع في المدة اليسيرة، وربما وقع بالمدة الطويلة فوجب ألا يتقدر إلا بغلبة الظن.

فصل[2. تخلية سبيل المدين إذا ثبت عسره]

إذا ثبت عسره[7] خلى سبيله ولم يكن للغرماء أن يعرضوا له إلى يسره[8] خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لهم أن يلازموه لا على معنى أنهم يطلبونه ولكنهم يكونون معه يدورون حيث دار[9]، ودليلنا قوله تعالى: ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾[10]، وذلك ينفي الملازمة لأنها في معنى الحبس، وقوله ﷺ: في رجل ابتاع تمر فأصيب به فقال ﷺ: "تصدقوا عليه"،

---

(1) انظر: المدونة: (105/4)، التفريع: (247/2).

(2) في (ق): واليقين.

(3) أخرجه أبو داود في الأقضية باب: الحبس في الدين: (54/4)، والنسائي في البيوع باب مطل الغنى، وابن ماجه في الصدقات باب: الحبس في الدين والملازمة: (811/2)، وأحمد: (388/4)، والحاكم: (102/4) وقال صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

(4) أخرجه أبو داود في الأقضية باب: الحبس في الدين: (46/4)، والنسائي في قطع السارق باب: امتحان السارق بالضرب والحبس، ووالترمذي في الديات باب الحبس في التهمة: (20/4)، وقال: حديث حسن.

(5) إلطاطه: من لطَّ وهو الجحود، وألط أي اشتد في الأمر والخصومة (الصحاح: 1156/3).

(6) انظر: مختصر القدوري مع شرح الميداني: (74/2)، والمذهب أن القاضي يحبسه بما يرى أنه صادق في دعواه لا مال له كما يقول.

(7) في (م): عسرته

(8) انظر: المدونة: (105/4)، التفريع: (247/2).

(9) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 96)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (74/2).

(10) سورة البقرة، الآية: 280.

فتصدق عليه فلم يبلغ وفاء دينه فقال: "خذوا ما معه ليس لكم غيره"[1]، ولأن المعسر ليس لغرمائه مطالبته بالدين ومن لا تلزم مطالبته بالدين لم تجب ملازمته كالذي عليه دين مؤجل، لأن الحبس لما زال عنه لثبوت عسرته فكذلك الملازمة.

فصل[3.عدم جواز إجارة المفلس]

لا تجوز إجارة المفلس وإن كانت له صنعة[2] يتكسب بها[3] خلافاً لأحمد وغيره[4]؛ لقوله تعالى: ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾[5]؛ ولأنه ابتداء تملك فلا يجبر عليه كالهبة والوصية، يحبس في الديون الثابتة كلها المعارضة وغيرها لاستحقاق جميعها ووجوب المطالبة بها.

(1) أخرجه مسلم في المساقاة باب استحباب الوضع من الدين: (191/3).
(2) في (م): صيغة.
(3) انظر: الكافي (ص: 422).
(4) في أحد قولي الإمام أحمد، وهو قول عمر بن عبد العزيز وسوار العنبري وإسحاق. (انظر: المغني: 495/4).
(5) سورة البقرة، الآية: 280.

باب: حلول الدين المؤجل

يحل الدين المؤجل بالموت[1] خلافاً للحسن وغيره[2]؛ لأنه لو لم يحل لم يخل أن يكون متعلقاً بذمة الميت وذلك باطل بخرابها أو بذمم الورثة وذلك غير جائز؛ لأنه لا شيء يوجبه، ولا يلزم صاحب الدين الرضا بذمتهم وتسليم الشركة إليهم، ولأن الدين متقدم على الميراث أو ينتقل إلى التركة ويمنع من أخذه إلى حلول الأجل فلا فائدة في ذلك ولا نفع للورثة، وإنما هو تعريض المال للتلف فقط فلم يبق إلا حلوله وتسليمه إلى الغريم[3].

فصل[1. حلول الدين المؤجل بالفلس]

ويحل بالفلس خلافاً للشافعي[4]؛ لأن الفلس يوجب تفرقة المال[5] بين غرمائه كالديون الحالة؛ ولأنه معنى يوجب تعلق الديون التي في الذمة بأعيان الأموال كالموت.

فصل[2. في عدم حلول الديون التي للميت أو المفلس بل تبقى إلى أجلها]

والديون التي للميت أو المفلس لا تحل بل تبقى إلى أجلها[6]؛ لأن محالها المتعلقة بها لم تبطل ولم تغب، وإنما حلت الديون التي عليه لبطلان محلها وغيبته.

---

(1) انظر: المدونة: (4/108-111)، الكافي: (ص:419).
(2) انظر: المبسوط: (20/28)، البدائع: (6/3).
(3) انظر: التفريع: (2/249)، الكافي: (ص:417-418).
(4) انظر: الأم: (3/212)، مختصر المزني (ص: 104-105)، الإقناع (ص: 105).
(5) في (م): ماله.
(6) انظر: الكافي: (ص: 418).

فصل[3. من باع سلعة فأفلس المبتاع قبل أن يقبض البائع ثمنها]

ومن باع سلعة فأفلس المبتاع قبل أن يقبض البائع ثمنها فالبائع إن وجدها لم تفت مخير بين أن يأخذها بالثمن الذي باعها به وبين تركها ومحاصة الغرماء، وإن كان قبض بعض ثمنها فله الخيار بين رد ما أخذ والرجوع بها أو التمسك بها والحصاص بما بقي، ولو مات المشتري لم يكن للبائع أخذ السلعة[1].

فصل[4.في أحقية البائع بعين ماله في الفلس]

وإنما قلنا: إنه أحق بعين ماله في الفلس خلافاً لأبي حنيفة[2]؛ لقوله ﷺ: "أيما رجل أفلس رجل ما له بعينه فهو أحق به"[3]؛ ولأن فلس المبتاع بثمن المبيع مع بقائه على صفته وعدم تعلق حق الغير به يوجب للبائع حق الفسخ أصله قبل[4] القبض.

فصل[5. دليل ذلك]

وإنما قلنا: إنه له تركها أو المحاصة؛ لأن أخذها حق له غير مستحق[5] عليه فإذا لم يختر لم يجبر عليه، وإنما قنا: له أخذها[6] وإن قبض بعض الثمن إذا رد ما قبضه خلافاً للشافعي[7]؛ لعموم الخبر، ولأن الرجوع بسلعته إذا لم يقبض شيئاً من الثمن إنما وجب له لقوة سببه بوجود عين ماله وذلك يستوي فيه الفلس بجميع الثمن أو ببعضه.

---

(1) انظر: التفريع: (2/259-250 و254)، الرسالة: (ص: 249)، الكافي: (ص: 417-418).
(2) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 95-96)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (2/73- 74).
(3) أخرجه البخاري في الإستقراض، باب: إذا وجد ماله عند مفلس: (5/62)، ومسلم في المساقاة، باب: من أدرك ما باعه عند المشتري: (3/1194).
(4) قبل: سقطت من (م).
(5) في (م): من يحق.
(6) في (م): قبضها.
(7) انظر: الأم: (3/199)، مختصر المزني (ص: 102)، الإقناع (ص: 105).

وإنما قلنا: إنه يكون في موت[1] المشتري إسوة الغرماء خلافاً[2] للشافعي[3]؛ لقوله ﷺ: "فإن مات فالبائع أسوة الغرماء"[4]، ففرق بين الموت والفلس؛ ولأن حظ البائع تقديمه على غيره من الغرماء لا إسقاط الغرماء واستبداده، والفرق بين الفلس والموت أن في الفلس الذمة باقية يرجع الغرماء إليها ومع الموت تبطل الذمة فيكون ذلك إسقاطاً لباقي الغرماء.

فصل[6. إذا تلف مال المفلس بعد أن جمعه الحاكم وقبل أن يبيعه]

إذا جمع الحاكم مال المفلس ليبيعه لغرمائه فتلف قبل بيعه فالتلف من المفلس وديون الغرماء ثابتة؛ لأن تلفه[5] كان على ملك المفلس قبل انتقاله إلى ملك الغرماء، ولا شيء على الحاكم لأنه أمين فإن باعه الحاكم كان قابضاً لهم وقد برئ المفلس منه، وقال محمد بن عبد الحكم: الضمان من المفلس حتى يقبضه الغرماء، لأن الغرماء إنما يضمنونه[6] بالقبض دون البيع، والأول أصح، وفرق عبد الملك بين أنواع المال فقال: إن كان ذهباً أو ورقاً ودينه من جنسه فالتلف بعد جمعه من الغرماء؛ لأنه لم يبق إلا تسليمه إليهم وقبض الحاكم هو قبض لهم: فضمان الذهب ممن دينه ذهب وضمان الورق ممن دينه ورق، وإن كان عروضاً فتلفها من المفلس؛ لأن الغرماء يستحقون أثمانها دون أعيانها.

فصل[7. في تفليس الصناع]

الصناع إذا قبضوا السلع وأفلس أربابها فهم أحق بها في ديونهم إذا كانوا قد عملوها في الموت والفلس؛ لقبضهم إياها وحوزهم لها كالرهن، وكذلك لو

---

(1) موت: سقطت من (ق).
(2) خلافاً للشافعي: سقطت من (م).
(3) انظر: الأم: (212/3)، مختصر المزني (ص: 102).
(4) أخرجه أبو داود في الإجارة باب: في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده: (792/3)، ومالك: (678/2)، وهو مرسل (تلخيص الحبير: (39/3).
(5) لأن تلفه: سقطت من (ق).
(6) في (م): يضمنوا.

استأجر أرضاً يزرعها ثم مات أو أفلس قبل قبض الأجرة فربها أحق بالزرع، وكذلك لو استأجر دار للسكنى ولم ينقد أجرتها وسكنها بعض السنة ثم أفلس فربها أحق بما بقي من مدة الإجارة ويحاص الغرماء بما مضى من السكنى، وكذلك ما يرد من مسائل هذا الباب[1].

(1) انظر: الكافي: (ص: 422).

باب: في تجارة ودين العبد بغير إذن سيده

إذا اتجر العبد فأدان بغير إذن سيده فللسيد فسخ الدين[1] عنه بما له كسبه وله انتزاع ماله فليس لغرمائه[2] إتلاف ماله على سيده واستبدادهم به:

فإن أعتق العبد أتبعه الغرماء لزوال حق السيد عنه بعد عتقه، وله أن يسقط الدين عنه[3]، لأن تبقيته عليه يعيبه إذا أراد بيعه والذي دانه هوالذي عرض ماله للتلف[4] فإذا أسقطه عنه لم يتبعه الغرماء بعد العتق.

فصل[1. في إفلاس المأذون له في التجارة]

إذا أذن له في التجارة جاز: فإن أفلس[5] فدينه في ذمته وفي ماله الذي في يديه[6]؛ لأن الغرماء دائنوه على ماله وذمته؛ ولأن السيد لما أذن له في التجارة كان ذلك رضا منه بتعلق الديون بماله وذمته، وليس لسيده انتزاع ماله؛ لأن غرماء العبد أولى بماله من سيده لأنهم داينوه على ماله، ولأنه بمنزلة عين[7] مالهم..

(1) في (م): المال.
(2) في (م): لغرماء العبد.
(3) انظر: المدونة: (124/4)، التفريع: (255/2)، الكافي: (ص:422).
(4) في (م): للسيد.
(5) في (م): فلس.
(6) في (ق): بيديه.
(7) عين: سقطت من (م).

ولو أفلس[1] السيد كان غرماء العبد أولى بمال العبد من غرماء السيد، وغرماء السيد أولى برقبة العبد لأن رقبة العبد ملك لسيده لا حق فيها لغرماء العبد..

وإذا داين السيد عبده كان كأحد الغرماء يقاص بدينه كما يقاص سائر الغرماء[2].

فصل[2. ليس لغرماء المأذون سبيل على رقبته]

ليس لغرماء العبد المأذون سبيل على رقبته ولا على مال سيده[3]، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن لهم بيعه[4]؛ لأن الدين الحاصل عن مراضاة لا يتعلق بالرقبة وإنما يتعلق بالمال أو بالذمة كالحر إذا داين ثم أفلس فإن رقبته لا تباع ولا تؤاجر[5]، ولأن الغرماء إنما يداينون على مال العبد[6] لا على مال غيره ورقبته ليست بمال له.

وإنما قلنا: إنه لا سبيل لهم على السيد؛ لأن السيد إنما أذن له في التجارة بالمال المدفوع إليه دون غيره إلا أن يضمن السيد عنه فيلزمه الضمان.

---

(1) في (م): فلس.
(2) انظر: المدونة: (4/24-128)، التفريع: (2/255)، الكافى:(ص:421-422).
(3) انظر: المدونة: (4/126)، التفريع: (2/255)، الكافى: (ص: 422).
(4) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 98)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (2/225).
(5) في (ق): يؤاجره.
(6) في (م): الغريم.

كتاب الصلح

الأصل في جواز الصلح[1] قوله تعالى: ﴿وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞ﴾[2]، وقوله ﷺ: "الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً، أو حرم حلالاً"[3]، ولأن فيه قطعاً للخصومة وداعياً[4] إلى التواصل والألفة.

فصل[1. في جواز الصلح على الإنكار والإقرار]

وهو عندنا جائز على الإقرار والإنكار[5] وخلافاً للشافعي في قوله: إنه لا يجوز مع الإنكار[6]؛ لقوله ﷺ: "الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً، أو حرم حلالاً"[7] فعم، ولأنها دعوى ما لم يحكم ببطلانها فجاز الصلح معها أصله مع الإقرار، ولأنها أحد حالي المنكر كالإقرار، ولأن كل صلح جاز[8] مع الإقرار جاز مع الإنكار أصله الإبراء، ونفرض الكلام في أن افتداء اليمين جائز، وهو أن يلزم أحد المتداعيين اليمين فيبذل المدعى عليه للمدعى[9] شيئاً على ألا يحلفه[10].

---

(1) الصلح: في اللغة: ضد الفساد (الصحاح: 383/1، معجم مقاييس اللغة: 303/3)، وفي الإصلاح عرفه ابن عرفه بقوله: انتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه (حدود ابن عرفة ص: 314).
(2) سورة النساء، الآية: 128.
(3) أخرجه أبو داود في الأقضية باب: في الصلح: (19/4)، وابن ماجه في الأحكام باب في الصلح: (788/2)، والترمذي في الأحكام باب ما ذكر من رسول الله -ﷺ- في الصلح بين الناس، وقال: حسن صحيح: (634/3).
(4) في (م): داعية.
(5) انظر: المدونة: (345/3)، وما بعدها، التفريع: (289/2)، الكافى:(ص:451).
(6) انظر: الأم: (221/3)، مختصر المزني (ص: 106)، الإقناع (ص: 106).
(7) سبق تخريج الحديث قريباً.
(8) (م): جائز.
(9) للمدعى: سقطت من (م).
(10) في (م): تلحقه.

والدليل على جواز ذلك أنه مروي عن عثمان وابن مسعود[1] ولا مخالف لهما، ولأن المدعى عليه لا يخلو أن يكون محقاً في إنكاره أو مبطلاً فإن كان مبطلاً فقد أحسن إذ[2] لم يحلف على باطل ودفع الحق، وإن كان محقاً فقد دفع عن نفسه شر المدعى وتبذيله إياه ونزّه[3] نفسه عن اليمين التي تثقل على أهل المروءات والدين، وتستبق إلى المقدم عليها.

فصل[2. في أضرب الصلح]

الصلح على ضربين: منه معاوضة كالبيع، فهذا حكمه حكم البيع يدخله من الجواز والمنع ما يدخل البيع، ومنه إسقاط وإبراء.

فأما القسم الأول: فهو أن يدعي على غيره شيئاً ثم يبيعه[4] منه فلا يجوز إلا في معلوم، ولا يجوز أن يفسخ في دين إذا كان المدعى ديناً، ولا في طعام قبل قبضه، ولا عن دعوى في جنس باثنين من جنسه إلى أجل، ولا عن مجهول ولا غرر، ولا على وضع وتعجل قبل حلول الأجل، وجملته أنه يمتنع فيه ما يمتنع في البيع.

فأما القسم الثاني: فهو وضع بعض الحق المدعى وإبراء منه، مثل أن يكون على رجل مال حال فيصالحه على بعضه وإسقاط باقيه، وإن كان مؤجلاً فلا يجوز أن يصالحه قبل حلوله على تعجيل[5] بعضه وإسقاط باقيه، ويجوز أن يصالحه عن ذهب له على ورق يأخذها منه نقداً، وعلى ذهب عن ورق لا يجوز الرجوع بها؛ لأن ذمة الغريم قد برئت[6].

---

(1) انظر: سنن البيهقي: (177/10).
(2) في (ق): إذا
(3) في (م): رد.
(4) في (م): لم يبعه.
(5) في (م): تعجل له.
(6) انظر: في جملة هذه الأحكام انظر: المدونة: (345/3)، وما بعدها، التفريع: (289/2-290)، الكافي: (ص: 451 - 453).

باب: في إحياء الموات

ومن أحيا أرضاً[1] ميتة غير مملوكة لمسلم[2]، ولا ذمي بالوجه الذي يكون إحياء لمثلها من بناء أو حفر بئر وجصها، أو غرس أو غير ذلك من وجوه الإحياء وأنواع العمارة فهي له إذا كانت في فيافي[3] الأرض وفلواتها[4] بعيدة من العمران والمواضع التي لا يتشاح الناس فيها من غير حاجة إلى استئذان الإمام، وأما إن كانت بقرب العمران في حيث يتشاح الناس فلا يجوز إلا بإذن الإمام[5]..

والأصل في جواز الإحياء قوله ﷺ: "من أحيا أرضاً ميتة فهي له"[6]، وهذا نص، وإنما لم نشترط إذن الإمام فيما بعد عن العمران خلافاً لأبي حنيفة[7]؛ لهذا الخبر وهو عام، ولقوله ﷺ: "من أحاط على أرض فهي له"[8]، ولأنه ليس في ذلك إتلاف حق غيره ولا ما يؤدي إلى التخاصم والعداوة فكان مملك بالإحياء[9] مباحاً كتمليك[10] الحشيش والصيد بالأخذ..

---

(1) إحياء الأرض الميتة: قال ابن عرفة عن الإحياء: لقب لتعمير دامر الأرض بما يقتضى عدم انصراف المعمر عن انتفاعه بها (الرصاع علي ابن عرفة ص: 407).

(2) في (م): لم تكن لمسلم مملوكة.

(3) فيافي: جمع فيف: وهي الصحراء الواسعة المستوية، (معجم الوسيط: 708/2).

(4) الفلاة: هي الأرض لا ماء فيها. (المصباح المنير ص: 481).

(5) انظر: الموطأ: (743/2)، المدونة: (377/4)، التفريع: (290/2).

(6) أخرجه أبو داود في الخروج باب: إحياء الموات: (454/3)، والترمذي في الأحكام باب ما ذكر في إحياء الموات، وقال: حديث حسن غريب: (662/3) وله شاهد في البخاري في الحرث والمزارعة باب: من أحيا أرضاً موات: (18/5).

(7) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 134)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (219/2).

(8) أخرجه أبو داود في الخراج باب: إحياء الموات: (456/3)، وأحمد: (12/5و21) والبيهقي (148/6) والطبراني والحديث مختلف فيه (انظر: تلخيص الحبير: (62/3).

(9) في (م): بلا إحياء.

(10) في (ق): كتملك.

وإنما شرطنا إذن الإمام فيما قرب من العمران خلافاً للشافعي[1]؛ لأن ما قرب من البلد في حكم فنائه فالانتفاع به مشترك بين أهل البلد من الاحتطاب فيه والاصطياد والرعي وغير ذلك من وجوه الإرفاق[2] فلو أُجيز لكل واحد اقتطاعه لأضر ذلك بأهل البلد فلم يكن بد من نظر الإمام ليكون كالحكم لمن يحييه.

فإذا أحيا أرضاً ثم خرجت ودثرت وعادت إلى ما كانت عليه ثم أحياها آخر بعده فهي للثاني دون الأول بناء على الصيد إذا أفلت وعاد إلى الاستيحاش ولحق وطال زمانه، وقد بيناه.

فصل[1. في حد حريم البئر]

حريم البئر[3] ليس فيه حد إلا الاجتهاد وما يعلم أنه لا يضر بالبئر الأول، وذلك يختلف باختلاف الأراضي والمواضع من الصلابة والرخاوة: فما علم أنه لا يضر بما تقدمه جاز، وما علم فيه ضرر منه، وذلك إلى الآبار التي تحفر في الصحاري والفلوات للماشية..

فأما إذا أراد أن يحفر بئراً في ملكه[4] بقرب من بئر جاره ويخاف منه الإضرار بها فإن كان له مندوحة عنه وسعة فليس له ذلك؛ لأن قصده حينئذ الإضرار بجاره من غير ضرورة فلا يترك في ذلك، والأخرى أنه يجوز له فعله[5].

---

(1) انظر: الأم: (4/41-42)، مختصر المزني (ص: 130-131)، الإقناع (ص: 118).

(2) في (م): الارتفاق.

(3) حريم البئر: حريم الشيء ما حوله من حقوقه ومرافقه، سمى بذلك، لأنه يحرم على غير مالكه، أن يستبد بالانتفاع به (المصباح المنير ص: 133).

(4) في (م): في ملك نفسه.

(5) انظر: المدونة: (4/373)، التفريع: (2/291)، المقدمات: (2/295-302).

فوجه الأول قوله ﷺ: "لا ضرر ولا ضرار"[1]، واعتباراً به إذا كانت له مندوحة عنه، ولأن الضررين إذا تقابلا فالأول أولى بالمراعات لفضل السبق.

ووجه الثانية أن للإنسان أن يتصرف في ملكه بما يحتاج إليه من وجوه التصرف، ولا يجب أن يمنع لحق الغير لأن أحدهما ليس بأولى من الآخر ولا أن يراعي فضل السبق لأن الأول قد عرض تصرفه للبطلان إذا علم أن لجاره أن يتصرف في ملكه.

فصل[2. في عدم جواز منع فضل مياه البراري]

الآبار المحتفرة في البراري وحيث لا ملك لأحد عليها ليس لأحد أن يمنع فضل مائها[2]؛ لأن الناس كلهم شركاء فيها، ولقوله ﷺ: "الناس شركاء في ثلاث: فذكر الماء والكلأ..."[3]..

وإن كان هو الذي حفرها في ذلك الموضع فليس له منع فضلها، فالذي يحتاج إليه أولى فإذا استغنى وحصل له قدر كفايته كان ما بقي[4] للمسلمين، ولم يكن له منع الفضل خلافاً لمن جعل له ذلك: لأن آبار الماشية التي تحفر في البراري إنما تحفر للسبيل ولينتفع بها الحافر وغيره ولا تُحفر للتمليك والإحياء، ولأنه ليس لأحد أن يحيي في المواضع التي يتشاح الناس فيها بغير إذن الإمام؛ لقوله ﷺ: "لا حمى إلا الله ولرسوله"[5]..

وإذا منع الماء الفاضل عن قدر حاجته كان ذلك منعاً من الرعي؛ لأن أحداً لا يرعى إلا على ماء، فإذا ثبت ذلك فليس له أخذ عوض عليه لأن

---

(1) سبق تخريج الحديث.

(2) انظر: المدونة: (374/4)، التفريع: (291/2) الكافي: ص: 491، المقدمات: (297/2).

(3) أخرجه أبو داود في البيوع باب: منع الماء: (751/3)، بلفظ المسلمون، وابن ماجه في الأحكام، باب: الرهون: (826/2)، بسند صحيح، وأحمد: (364/5) والطبراني والبيهقي(150/6) و فيه عبد الله بن خراش ضعفه البخاري وأبو زرعة وغيرهما (انظر: تلخيص الحبير: (65/3).

(4) في (م): مالكا له.

(5) أخرجه البخاري في المساقاة، باب: لا حمى إلا لله ولرسوله: (78/3).

حفرها على وجه السبيل على ما بيناه؛ لأن الموضع ليس بملك له ولا حفرها على وجه الإحياء فتكون ملكاً له..

فإذا ثبت هذا فإنما يلزمه بذل ما زاد على قدر كفايته ويكون أحق بما يحتاج إليه منه؛ لأنه إنما حفرها هو ليختص هو بمنفعتها أو قدر ما يحتاج إليه منها، ولأنه ﷺ نهى عن منع فضل الماء[1]، وذلك عما زاد على قدر الكفاية.

فأما[2] إن حفر بئراً على وجه التملك[3] والإحياء ليبني ويغرس في ذلك الموضع فله منع ما فضل من مائها؛ لأن المكان يملك بالإحياء بئراً في أرضه أو داره فإن البئر ملكه لأنه أحدثها في ملكه..

وكذلك إذا ابتاع الدار والأرض وفيها البئر فإن البئر مع الأرض ملكٌ له فالماء الذي فيها ملكه فله منعه إلا بعوض كسائر أملاكه إلا أن تنهدم بئر جاره وله زرع يخاف عليه التلف فإنه يلزمه أن يبذل له فضل مائه ليجيء به زرعه ويجبر على ذلك لأن فيه إحياء زرع وإعانته من حيث لا ضرر عليه ببذله كما لزمه لشربه إذا اضطر إليه، ويقال لصاحب الزرع خذ أنت في إصلاح بئرك وهذا إذا كان صاحب الزرع قد زرع على أصل ماء ثم اضطر بأن انهارت بئره ونقطع ماؤه، وأما إن كان ابتداء الزرع على غير ماء اتكالا على جاره فإن لجاره أن يمنعه لأن الماء ملك له فلا يلزمه بذله إلا إذا شاء ما لم تكن ضرورة وها هنا لا ضرورة؛ لأن الزارع هو الذي[4] أتلف زرع نفسه حين زرع على غير ماء، وكذلك إذا زرع على ماء فانقطع[5]..

---

(1) أخرجه البخاري في المساقاة، باب: من قال أن صاحب الماء أحق بالماء حتى يروى: (75/3)، ومسلم في المساقاة، باب: تحريم فضل بيع الماء الذي يكون بالغلاء: (1198/3).
(2) في (ق): فلو.
(3) في (ق): التمليك.
(4) هو الذي: سقطت من (م).
(5) انظر: المدونة: (374/4)، التفريع: (291/2)، المقدمات: (298/2-302).

وإنما قلنا: إن على جاره أن يمكنه من فضل مائه وأن ذلك يلزمه ويتشاغل هو بإصلاح بئره، فأما إن ترك التشاغل بإصلاح بئره اتكالاً على بئر جاره لم يلزم جاره فضل الماء؛ لأنه كمن زرع ابتداء على غير ماء، وقد اختلف أصحابنا فيه إذا أجبرناه على بذل الماء لجاره عند انقطاع مائه هل له مطالبته بعوض أم لا: فإذا قلنا: ليس له فلأن ذلك حق على الجار على طريق الإعانة مع كون أصله مباحاً كما لو احتاج إليه للشرب، وإذا قلنا: إن له منعه فلأن وجوب البدل لا يتضمن الإتلاف اعتباراً بالعلم.

فصل[3. فيمن سأله جاره بغرز خشبة في جداره]

وينبغي لمن سأله جاره أن يغرز خشبة في جداره أن يجيبه إلى ذلك ولا يمنعه، فإن أبى لم يجبر عليه[1]:

وإنما استحببناه له؛ لقوله ﷺ: "لا يمنعن أحدكم أخاه أن يضع خشبة على جداره"[2]؛ ولأن في ذلك رفقاً بالجار ومعونة له وهو من مكارم الأخلاق ومعالي الأمور مع الوصية بالجار وحسن المجاورة.

وإنما قلنا: لا يقض بذلك عليه خلافاً لمن أوجبه، لقوله ﷺ: "لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه"[3]، ولأن الحائط ملك له فلم يكن عليه بذله لغيره ليتصرف فيه كما لو أراد أن يفتح فيه باباً أو كوة.

فصل[4. إذا أذن له جاره بغرز الخشب في جداره ثم طالبه بقلعه]

وإذا أذن له في ذلك ثم طالبه بقلعه: فإن كان لحاجته على بناء جداره أو لأمر لا بد له منه كان[4] له ذلك؛ لأنه لم يكلف من حق الجار ما يضر

---

(1) انظر: التفريع: (292/2).
(2) أخرجه البخاري في المظالم، باب: لا يمنع جار جاره أن يغرز...: (102/3)، ومسلم في المساقاة، باب: غرز الخشب في جدار الجار: (1230/3).
(3) أخرجه الدار قطني: (26/3)، والبيهقي (100/6)، وأبو يعلي: (140/3)، إسناده جيد (تلخيص الحبير: (45/3)، ونصب الراية: (169/4).
(4) منه كان: سقطت من (م).

نفسه كما لا يكلف بذل مائه لزرع جاره وهو محتاج إليه، وإن لم يكن به ضرروة إليه، وإنما أراد الإضرار بجاره وأذيته لم يمكن من ذلك، ويفارق حال الابتداء؛ لأنه إذا لم يأذن في الابتداء فلم يتعلق عليه حق فإذا أذن فقد ضمن تبقية ما أذن فيه على الوجه الذي يؤدي إلى مثله في العادة فليس له الرجوع فيه[1].

فصل[5. إذا أراد الرجل أن يفتح في جداره المنفرد بملكه كوة]

إذا ما أراد الرجل أن يفتح في جداره المنفرد بملكه كوة[2] ليضيئ منها منزله فله ذلك لأن به حاجة إلى ذلك وليس لجاره منعه مما يحتاج إليه ولا يضر به، فأما إن كان يتشرف منها على جاره فيمنع منه[3]؛ لأن في ذلك إضرار بالجار، ولأن الحائط وإن كان ملكه فليس له أن يفعل فيه ما يضر بالغير ابتداء مما لا ضرورة فيه.

فصل[6. علو الدار التي بين اثنين]

علو الدار التي بين اثنين مملوك[4] سقفه لصاحب الدار، لأن عليه إصلاحه ورم شعثه وبناؤه إن انهدم ولصاحب العلو حق الجلوس عليه[5]، وإنما قلنا إن عمارته على صاحب السفل؛ لأن السقف ملك له وحق الأعلى فيما زاد عليه؛ لأن البيت لا يكون بيتاً إلا بسقفه في العادة، وإذا ثبت ذلك لزم لصاحب السفل من الانتفاع ورم الشعث من السقف أجبر على ذلك أو على البيع ممن يبني[6] وإلا أدى إلى إبطال ملك الأعلى.

---

(1) انظر: التفريع: (292/2).
(2) الكوة: هو الخرق في الجدار منه الهواء والضوء (المعجم الوسيط: 806/2).
(3) انظر: المدونة: (3478/4)، التفريع: (292/2) الكافي: (ص: 493)
(4) في (ق): مملوكه.
(5) انظر: المدونة: (378/4)، التفريع: (394/2) الكافي: (ص: 493).
(6) يبني: سقط من (م).

فصل[7. إذا تنازع السقف بين صاحب السفل وصاحب العلو]

وإن تنازعا السقف حكم به لصاحب السفل[1] خلافاً للشافعي في قوله: إنه يكون بينهما[2]؛ لأن السقف محمول على ملك صاحب السفل غير متيقن ملكه لغيره فإذا تنازعا عليه حم به لمن هو على ملكه كالحمل على الدابة يدعيه مالك الدابة وأجنبي، ولأن العرف جارٍ بأن البيت إنما يكون بيتا بسقفه وأن الناس لا يسكنوه إلا مسقفاً، والحكم عند التنازع لمن شهد له العرف؛ ولأنه لو باع بيتاً لدخل سقفه في البيع بالإطلاق فعلم أنه منه وكذلك إذا قُسم بأنه يقسم سقفه.

فصل[8. إذا تنازعا حائط بين دارين]

إذا تنازعا حائطاً بين دارين حكم به لمن يشهد[3] له العرف بأن يكون قد فعل فيه ما يفعل الملاَّك في أملاكهم ويتصرفون غالباً فيه من الرباط ومعاقد القمط[4] ووجوه الآجر واللبن[5] وما أشبه ذلك[6]، وقال الشافعي: لا يحكم بشيء من ذلك بل يكون بينهما[7]، ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَأۡمُرۡ بِٱلۡعُرۡفِ﴾[8]، وروي أن رجلين تنازعا جداراً فحكم رسول الله -ﷺ- بالجدار لمن إليه معاقد القمط[9]، ولأن العادة أن مثل هذا التصرف إنما يكون من الملاَّك فوجب أن يكون الحكم لمن شهد له العُرف، وكما يجب مثل ذلك إذا تنازعا في النقد أو صفة السير أو مقدار الحمولة.

---

(1) انظر: التفريع: (294/2) الكافي: (ص: 495).
(2) انظر:المهذب: (337/1)، المغني المحتاج: (189/2)
(3) في (م): شهد.
(4) معاقد القمط: القمط جمع قماط وهي الشرط التي يشد بها الخص ويوثق من ليف أو خرص أو غيرهما، ومعاقد القمط: تلى صاحب الخص (النهاية: 108/4).
(5) اللبن: -بكسر الباء- ما يعمل من الطين ويبنى به الواحدة لبنة (المصباح المنير ص: 548).
(6) انظر: التفريع: (293/2)، الكافي: (ص: 493).
(7) انظر: المهذب: (336/1).
(8) سورة الأعراف، الآية: 199.
(9) أخرجه ابن ماجه في الأحكام، باب: الرجلان يدعيان في خص (785/2)، وفيه نمران ابن حاربة قال ابن قطان: حاله مجهول وذكره ابن حبان في الثقات وأخرجه الدار قطني: (229/4).

فصل[9. التصرف في الحائط المشترك]

الحائط المشترك ليس لأحد الشريكين أن يتصرف فيه ولا أن يحدث فيه شيئاً إلا بإذن شريكه[1]؛ ولأنه ليس لأحد أن يتصرف في ملك غيره بغير[2] إذنه وحقه غير متميز من حق الشريك فكان كالثوب والعبد..

فإن انهدم وكان يستره لهما فأراد أحدهما بناؤه وأبى الآخر ففيها روايتان[3]: إحداهما إجبار الممتنع، والأخرى: نفي إجباره، فوجه إثباته[4] قوله ﷺ: "لا ضَرَرَ ولا ضِرَارْ"[5]، وفي ترك البناء بالشريك؛ لأنه يطلع عليه ويتشرف على منزله..

ولأنه لو أراد أن يفتح كوة ويشرف منها عليه لم يكن له ذلك وهذا بمنزلته، ووجه نفيه أن أحداً لا يجبر على البناء في حقه كما لو انفرد به وليس إذا تعلق بذلك حق الشريك يوجب إجبار الشريك الآخر عليه؛ لأن حق الشريك هو منع هذا الاطلاع عليه، فأما في وجوب الشريك الآخر عليه لأن حق الشريك هو منع هذا من الاطلاع عليه، فأما في وجوب[6] البناء فلا..

وإذا ثبت أنه لا يجبر[7] فإنهما يقتسمان العرصة[8] ثم يبني من يشاء منهما لنفسه، والبئر بين اثنين إذا غارت فإصلاحها عليهما فإن أبى أحدهما فإنما يتخرج على روايتين كالجدار.

---

(1) انظر: التفريع: (293/2) الكافي: (ص: 493).
(2) في (م): إلا.
(3) انظر: التفريع: (293/2) الكافي: (ص: 491).
(4) فوجه إثباته: سقطت من (م).
(5) سبق تخريج الحديث.
(6) في (ق): وجوبها.
(7) في (ق): كالجبر.
(8) في (ق): بالقرعة.

فصل[10. فيمن له مسيل ماء على سطح جاره أو شرب في بستان غيره]

من له مسيل ماء على سطح لرجل فالنفقة للسطح على مالكه دون من له حق المسيل، ومن له شرب في بستان لرجل فاحتاجت ساقيته أو نهره إلى نفقة فهي عليهما جميعا[1]، قال[2] والفرق أن صاحب المسيل له حق مرور الماء على (السطح فعلى صاحب)[3] السطح تمكينه من ذلك وليس له ملك في السطح فلم تلزمه نفقة عليه، وليس كذلك صاحب الشرب؛ لأن موضع الماء ملك بينه وبين صاحب البستان فلذلك لزمه الإنفاق على الساقية معه.

فصل[11. في طرح ما في السفينة خشية الغرق]

إذا خيف على المركب الغرق فطرح بعض ما فيه من المتاع بإذن أربابه أو بغير إذنهم فإنه[4] يكون منهم على قدر أموالهم..

ولا يجوز لأحد[5] الامتناع من طرح متاعه إن احتيج تخفيف المركب ورجيت بذلك نجاته[6]؛ لأن في الامتناع من ذلك تلفه وتلف غيره وسواء طرح الرجل متاعه بنفسه أو طرحه غيره الحكم فيه سواء، ولا فرق بين إذنه وعدم إذنه فيما يلزمه فعله لأن الطارح فعل ما يلزمه هذا فعله فكان كالنائب عنه..

وإنما قلنا: إنه يكون بينهم على قدر أموالهم؛ لأن الحق في ذلك لجميعهم، ولأن غرق المركب إنما خيف لأجل متاعهم فكانوا شركاء فيما يحتاج[7] إليه

(1) انظر: المدونة: (376/4)، التفريع: (393/2) الكافي: (ص: 495).
(2) قال: سقطت من (م).
(3) ما بين قوسين: سقط من (م).
(4) في (م): فإنهم.
(5) في (م): لأحدهما.
(6) انظر: التفريع: (295/2)، والكافي: (ص: 492).
(7) في (ق): يحتاجوا.

من التخفيف..وقد اختلف في اعتبار القيمة: فقيل: يكون في وقت الطرح؛ لأن سائر المتلفات تقوم حال الإتلاف في المواضع التي يتعلق بها الضمان وقيل: في أقرب المواضع إليه لأنه في البحر لا قيمة له لأنه لا يساوي شيئاً وهو يطرح في الماء ويتلف كما لا يقوم المرتد وقت قتله.

وقيل: الثمن الذي اشترى به لأنه ليس ما يرتجع[1] إليه سو اه إذ هو أولى من أقرب المواضع إلى موضع الغرق، ولا يلزم عمال المركب شيء لأنه لم يكن الخوف لأجلهم.

فصل[12. اصطدام مركبين في جريهما]

إذا اصطدم مركبان في جريهما فانكسر أحدهما فلا ضمان على الآخر؛ لأنه لا صنع له في ذلك بخلاف الراكبين على فرسين[2]؛ لأن التفريط من قبل الصادم إذ هو قادر على ضبط الفرس وعلاجه، وإلا فكان يجب ألا يركب فرساً لا يضبط لئلا يجني على غيره.

---

(1) في (م): ما يرجع.
(2) انظر: التفريع: (295/2) الكافي: (ص: 493).

باب: الوديعة[1]

الأصل في الوديعة[2] قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا﴾[3]، وقوله ﷺ: "أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك"[4]؛ ولأن عمل المسلمين جار بها منذ عهد النبي -ﷺ- إلى يومنا، وهي أمانة محضة، ولا يضمنها المودع؛ لأن قبضها ينفع صاحبها على التجريد: فإن ادعى أنها تلفت فالقول قوله فيها؛ لأن يده عليها يد أمانة، وسواء كان متهماً أو غير متهم لأن ربها رضي بأمانته سواء قبضها ببينة أو بغير بينة.

فصل[1. ادعاء المودع ردها على مالكها]

فإن ادعى ردها على مالكها فذلك على وجهين: إن قبضها بغير بينة فالقول قوله في ردها كالتلف، وإن كان قبضها ببينة لم تقبل منه إلا ببينة[5]، خلافاً للشافعي[6]؛ لأن رب المال لم يرض بأمانته على التجريد، وإنما رضي بها في الحفظ دون القبض لأنه توثق منه بما أشهد عليه (حين قبضها فوجب الضمان وإلا لم ينتفع بالإشهاد بها، ولا يلزم عليه)[7] التلف؛ لأنه لا يمكن الإشهاد عليه.

---

(1) عنوان الباب: سقط من (م).

(2) الوديعة: قال ابن فارس: الواو والدال والعين أصل واحد يدل على الترك والتخلية ودعه: تركه (معجم مقاييس اللغة: (96/6)، وفي الاصطلاح هي: مال وكُلَّ على حفظه (الفواكه الدواني: 185/2).

(3) سورة النساء، الآية: 58.

(4) أخرجه أبو داود في البيوع باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده: (805/3)، والترمذي في البيوع بعد باب: ما جاء في النهي للمسلم أن يدفع إلى الذمي الخصر ببيعها له: (564/3) وقال: حسن غريب، والحاكم (46/2) وقال على شرط مسلم.

(5) انظر: المدونة: (451/4)، وما بعدها التفريع: (269/2)، الرسالة: (ص:231)، الكافي: (ص:403).

(6) انظر: الأم: (245/3)، مختصر المزني (ص: 147)، الإقناع (ص: 113).

(7) ما بين قوسين: سقط من (م).

فصل[2. إذا عرض للمودع سفر]

إذا عرض للمودع سفر لم يجز له أن يسافر بالوديعة، فإن سافر بها ضمن إن تلفت كان السفر آمنا أو مخوفاً[1]، خلافاً لأبي حنيفة في تضمينه مع الخوف[2]، لما روي "أن المسافر عن نفسه وماله لعلى قلت إلا ما وقى الله تعالى"[3] يعني الهلاك؛ ولأن السفر غرر ولم يأذن له صاحبها بالتغرير بها، واعتباراً بالسفر المخوف.

فصل[3. إذا أراد المودع السفر فأودعها عند ثقة]

إذا ثبت أنه لا يسافر بها فإنه يودعها ثقة ولا ضمان على واحد منهما؛ لأنه لا يمكنه حفظها بآكد من هذا الوجه.

فصل[4. في المستودع يودع الوديعة غيره]

إذا[4] استودعها من غير عذر[5] ضمن؛ لأن مالكها رضي بأمانته دون أمانة غيره، ولم يأذن له في دفعها إلى غيره فكان متعدياً بذلك فلزمه الضمان، ويفارق ذلك حاجته إلى السفر؛ لأن هناك ضرورة داعية إلى ما فعله، وكذلك إذا خاف عورة منزله فله أن يودعها غيره، ولا ضمان عليه؛ لأن ذلك يجري مجرى إرادة السفر ولكن لا يصدق على الخوف على منزله إلا بأمر يظهر يعلم صدقه فيه.

---

(1) انظر: المدونة: (352/4)، التفريع: (270/2) الكافي: (ص: 403).
(2) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 164)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (198/2).
(3) ذكره ابن قتيبة في غريب الحديث: (564/2)، وقال الحافظ ابن حجر: رواه السلفي في أخبار أبي العرء المعري، وأسنده أبو منصور الديلمي في مسند الفردوس، وأنكره النووي في شرح المهذب، (انظر: تلخيص الحبير: (98/3).
(4) في (م): وإن.
(5) انظر: المدونة: (351/4-355)، التفريع: (270/2) الكافي: (ص: 403).

فصل[5. إذا دفع إليه مالاً في السفر يحمله إلى بلد فبعثه مع غيره]

إذا دفع إليه مالاً في السفر يحمله إلى بلد فعرضت له إقامة فله أن يبعثه مع غيره ولا ضمان[1]، والفرق بينه وبين مبتدئ السفر أن هذا قد أذن له في السفر به إلى ذلك البلد فلم يتعد بدفعها إلى غيره مع الضرورة والحاضر يخالفه.

فصل[6. إذا أنفق بعض الوديعة]

إذا أنفق بعض الوديعة ضمن قدر ما أنفق دون جميعها، وإن أنفق الكل أو البعض ثم رد ما أنفق فلا ضمان عليه خلافاً لعبد الملك في إلزامه الضمان[2]؛ لأن الذي أوجب عليه الضمان تعديه بالأخذ فإذا ردها فقد زال التعدي فسقط الضمان، ولأنه حافظ لها على الوجه الذي أمر به فلم يلزمه ضمان كالابتداء، ووجه قول عبد الملك: أنه قد خرج عن الأمانة وصار متعدياً بأخذها فرده إياها لا يزيل عنه الضمان كما لو جحدها ثم اعترف بها.

فصل[7. سقوط الضمان بالرد فيما له مثل مما يكال أو يوزن]

وسقوط الضمان بالرد فيما له مثل كالذهب والفضة والحنطة والعسل وكل ما يكال أو يوزن، فأما فيما يلزم فيه القيمة فلا يسقط عنه[3] الضمان[4]؛ لأن القيمة محتاجة إلى اجتهاد وحكم فلا يقبل حكمه لنفسه، والمثل لا اجتهاد فيه.

---

(1) انظر: المدونة: (354/4)، التفريع: (270/2).
(2) انظر: المدونة: (356/4)، التفريع: (271/2)، الرسالة: (ص:231)، الكافي: (ص:403).
(3) في (ق): فيه.
(4) انظر: المدونة: (259/4)، التفريع: (271/2)، الرسالة: (ص:231)، الكافي: (ص: 403-404).

فصل[8. في قبول قوله إنه رد ما أخذ]

وفي قبول قوله إنه رد ما أخذ أو مثله من غير بينة روايتان[1]، فإذا قلنا: إنه يقبل فلأنه موكول[2] إلى أمانته كادعائه التلف أو الرد؛ ولأنه منفق لها على وجه التأويل واعتقاد ردها فلم يخرجه ذلك عن الأمانة، وإذا قلنا: إنه لا يقبل فلأن الدين المتعلق بالذمة لا يبرأ المقر به إلا ببينة أو بإقرار الغريم اعتباراً بسائر الديون.

فصل[9. كراهية التجارة بالوديعة]

يكره أن يتجر بالوديعة[3]؛ لأن صاحبها إنما دفعها إليه ليحفظها عليه لا لينتفع بها، وإن فعل فعليه الضمان وله الربح.

ومن أبضع معه بضاعة ليشتري بها شيئاً فاتجر فيها فإن تلفت ضمن وإن ربح فالربح للمالك بخلاف الوديعة؛ لأن المبضع طالب التنمي والربح فليس لمبضع معه قطعه عنه ونقله إلى ملكه، وإن تلف المال ضمن بتعديه والمودع إنما قصد الحفظ فقط[4] فلم يكن له من الربح شيء.

---

(1) انظر: المدونة: (254/4)، التفريع: (270/2)، الرسالة: (ص:231)، الكافي: (ص: 403).
(2) في (ق): موكولة.
(3) انظر: التفريع: (271/2)، الرسالة: (ص:231)، الكافي: (ص: 405).
(4) في (م): لا الربح.

باب: العارية[1]

العاريَّة: تمليك منافع العين بغير عوض، وهي جائزة مندوب إليها[2]؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱفۡعَلُواْ ٱلۡخَيۡرَ﴾[3]، وقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنۡ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوۡ مَعۡرُوفٍ﴾[4]، وقوله ﷺ: "كل معروف صدقة"[5]، وقوله: "العارية مؤداة"[6]؛ لأنه ﷺ استعار[7] وكذلك الصحابة.

فصل[1. أنواع العارية]

العرية نوعان: نوع يظهر هلاكه ولا يكاد يخفى كالرياع والحيوان فهذا لا يضمن إلا بالتعدي، وضرب آخر يخفى هلاكه ويغاب عليه فهذا يضمن إذا لم يعلم هلاكه إلا بقول المستعير، فإن علم بغير قوله ببينة تقوم على هلاكه من غير تعد كان من المستعير ففيه روايتان: إحداهما: لا يضمن وهو الصحيح، والأخرى: أنه يضمن وهو قول أشهب[8]، وعند الشافعي أنها مضمونة على كل وجه[9]، (وعند أبي حنيفة أن العارية لا تضمن على وجه[10])[11]، فدليلنا على سقوط الضمان في الحيوان والرباع ما روي:

(1) العاريَّة: بتشديد الياء، لأن الأصل فيها عاوره من قولك تعاور القوم الشيء إذا تداولوه بينهم قال الشاعر: إذا رد المعاور ما استعار (غرر المقالة ص: 227).
(2) انظر: المدونة: (360/4)، التفريع: (267/2-269)، الرسالة: (ص:231)، الكافى: (ص: 407).
(3) سورة الحج، الآية: 77.
(4) سورة النساء، الآية: 114.
(5) سبق تخريج الحديث.
(6) أخرجه أبو داود في البيوع باب في تضمين العرية: (825/3)، ابن ماجه في الصدقات باب: الكفالة: (804/2) والترمذي في البيوع، ببا: ما جاء أن العارية مؤادة (565/3)، وقال حسن غريب، وهو صحيح بمجموع طرقه (انظر نصب الراية، 58/4، وتلخيص الحبير: (54/3).
(7) كما جاء في حديث صفوان أن رسول الله -ﷺ- استعار منه يوم حنين أدرعاً. أخرج الحديث أبو داود في البيوع باب: تضمين العرية: (822/3)، وأحمد: (401/3)، والدارقطني: (39/3) والحاكم: (47/2)، والبيهقي: (89/6).
(8) انظر: المدونة: (361/4)، التفريع: (268/2)، الرسالة: (ص:231)، الكافى: (ص: 407).
(9) انظر: الأم: (244/3)، مختصر المزني ص: 116، الإقناع (ص: 114).
(10) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 116)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (202/2).
(11) ما بين قوسين: سقط من (ق).

"ليس على المستعير ضمان"[1]؛ ولأنه[2] حيوان وعقار قبضه لاستيفاء منفعة فلم يضمن تلفه كالعبد المستأجر والدار، ولأنه مستعار تلف من غير تفريط فلم يضمن كالأجراء، ودليلنا على وجوب الضمان عليه فيما يغاب عليه أنه قبضه لمنفعة نفسه فلم يكن له حكم الأمانة على التجريد فإذا لم يعلم[3] تلفه إلا بقوله لزمه الضمان، فأما إذا قامت به بيِّنة فوجه قوله لا ضمان عليه أن التهمة قد انتفت عنه بقيام البيِّنة على أنه لا صنع له بتلفه فلم يلزمه الضمان كالعبد المحروس[4]، ووجه قوله إن عليه الضمان فلأن أصله مأخوذ على الضمان لا على الأمانة فلم ينتقل عن أصله حسماً للباب.

فصل[2. في الإعارة مدة معلومة أو مطلقة]

إذا أعار شيئاً إلى مدة لم يكن له أخذه قبلها[5]؛ لأن المدة قد صارت حقاً للمستعير فلم يكن للمعير الرجوع فيها كما ليس له الرجوع في الهبة، وأما العارية المطلقة فليس له الرجوع فيها إلا بعد أن ينتفع المستعير بها انتفاع مثلها[6] خلافاً للشافعي[7]؛ لأن العارية هي هبة المنافع أو تمليكها، فإن كانت مدة معلومة انحصرت عليها وإلا لزم من ذلك ما ينتفع في مثله من المدة؛ لأنه لو جاز[8] له أخذها قبل ذلك لكان رجوعاً في العارية؛ لأنه قد جعل على نفسه إباحة المنفعة وقد ملك ذلك المستعير فلم يكن للمعير إبطاله عليه.

---

(1) أخرجه الدارقطني: (41/3)، والبيهقي: (91/6) عن عمرو بن عبد الجبار عن عبيده ابن حسان، وهما ضعيفان (نصب الراية، 115/4).
(2) في (م): لأنها.
(3) يعلم: سقطت من (م).
(4) في (م): المحرم.
(5) انظر: التفريع: (269/2)، الكافي: (ص: 408).
(6) انظر: المدونة: (362/4)، التفريع: (268/2)، ا الكافي: (ص: 408).
(7) انظر: مختصر المزني (ص: 116)، الإقناع، (ص: 114).
(8) في (ق): جازت.

كتاب الغصب والتعدي[1]

مسألة[1. فيمن أتلف على غيره شيئاً]

إذا أتلف على غيره شيئاً ظلماً لزمه بدل ما أتلف[2]، لقوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا ٱلسَّبِيلُ عَلَى ٱلَّذِينَ يَظْلِمُونَ ٱلنَّاسَ ﴾[3]، وقوله: ﴿ وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا ﴾[4]، وقوله: ﴿ فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾[5]، وقوله ﷺ: "طعام كطعام وصفحة كصفحة"[6]، ولأنه أتلف ملك غيره من غير استحقاق عليه فلزمه بدل ما أتلف لأن الأبدال في المتلفات[7]، كالقصاص في النفوس، وقال تعالى: ﴿ وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ ﴾[8]، معناه أن القاتل أو الجارح إذا علم أنه يُفعل به مثل ما فعل ارتدع عن أن يفعل ذلك وانزجر خيفة أن يقتص منه فكان في ذلك حياة للنفوس، وإلا اجترأ الناس بعضهم (على بعض كذلك الجناية على المال لو لم يجب فيها البدل لاجترأ الناس بعضهم)[9] على أموال بعض إذ لا بدل يلزمهم.

(1) الغصب: في اللغة: هو أخذ الشيء ضلماً (الصحاح: 194/1) وهو في الاصطلاح: أخذ مال غير منفعة ظلماً قهراً لا لخوف قتال (حدود ابن عرفة ص: 350)، أما التعدي: فهو التصرف في الشيء بغير إذن ربه قصد تملكه (حدود ابن عرفة ص: 351).
(2) انظر: المدونة: (176/4)، التفريع: (274/2)، الرسالة: (ص:232)، الكافي: (ص: 428).
(3) سورة الشورى، الآية: 42.
(4) سورة الشورى، الآية: 40.
(5) سورة البقرة، الآية: 194.
(6) القصة في البخاري في المظالم، باب: إذا كسر قصعة...: (108/3) ولفظ الحديث في الترمذي في الأحكام، باب: ما جاء فيمن يكسر له الشيء: (631/3)، وقال حسن صحيح.
(7) في (م): وقد قال الله تعالى.
(8) سورة البقرة، الآية: 179.
(9) ما بين قوسين: سقط من (ق).

فصل[2. في دفع بدل المتلف]

(كذلك الجناية على المال لو لم يجب فيها البدل لاجترأ الناس بعضهم على بعض)[1]، فإذا ثبت ذلك فعلى المتلِف دفع بدل المتلَف إلى صاحبه والبدل نوعان:

مثل من طريق الخلقة والصورة: فهو كل ما يكال ويوزن، فمن أتلف على غيره شيئاً مما يكال أو يوزن لزمه رد مثله لا قيمتة وذلك[2] كالذهب، والفضة، والحديد، والصفر[3]، والنحاس، والحنطة، والشعير، وسائر المأكولات، ولا تلزمه القيمة إنما يصار إليها عند تعذر المثل من طريق الخلقة لأنها ضرب من الحكم والاجتهاد في تعديلها بالمتلف فالمثل من طريق الخلقة لا اجتهاد فيه فكان كالاجتهاد مع وجود النص إذ لا فائدة فيه.

فأما ما لا يكال ولا يوزن: كالثياب وسائر العروض، والرقيق، والحيوان فيلزمه بإتلافه قيمته دون مثله[4]، خلافاً لمن حكي عنه أنه يلزمه مثله من جنسه[5]؛ لقوله ﷺ: "من أعتق شركاً له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوِّم عليه قيمة[6] العبد فأعطى شركاءه حصصهم وأعتق عليه العبد"[7]، والعتق إتلاف ثم أوجب القيمة فيه دون المثل فكان ذلك أصلاً في بابه، ولأن كل ما لا يكال ولا يوزن فالغرض منه أعيانه دون مبلغه فوجب قيمة العين.

---

(1) ما بين قوسين: سقط من (م).
(2) في (ق): كذلك.
(3) الصفر: - بضم وكسر الصاد-النحاس (المصباح المنير ص: 342).
(4) انظر: المدونة: (182/4- 188)، التفريع: (274/2 - 275)، الرسالة: (ص:232) الكافي: (ص: 428 – 429)
(5) يحكى عن عبد الله بن الحسن العنبري أنه يضمن بمثله من جنسه (انظر: المغني: 239/5).
(6) قيمة: سقطت من (م).
(7) أخرجه البخاري في الشركة، باب: تقويم الأشياء بين الشركاء بقيمة العدل: (111/3)، ومسلم في العتق: (1139/2).

وما يكال ويوزن الغرض منه مبلغه فكان فيه مثله، والقيمة المعتبرة يوم التعدي والجناية لا يوم الحكم لأن الحكم معلق بذمته بالتعدي لا بالحكم إذ مطالبة الحاكم إنما هي بأمر قد تقدم وجوبه وإنما ينكشف بالحكم بمقدار ما اشتغلت به ذمته.

فصل[3. عدم مراعاة ارتفاع الأسواق وانخفاضها في بدل المتلف]

ولا يراعي ارتفاع الأسواق وانخفاضها كما لا يراعي ذلك في السرقة[1]؛ لأن القيمة متعلقة بالذمة تعلقاً منبرماً حين التعدي ولا يؤثر ذلك بغيرها.

فصل[4. في أضرب الجنايات]

الجناية على ضربين:

جناية تُبطل يسيراً من المنفعة وجلها من السلعة باق فهذا يجب فيه ما نقص: وذلك بأن تقوم وقت الجناية صحيحة، وتقوم بالجناية فيلزم الجاني ما بين القيمتين[2]، وإنما قلنا ذلك؛ لأن الذي يلزمه بدل مما أتلف والإتلاف إنما يكون لهذا القدر من المنافع فلم يضمن ما زاد عليه..

والضرب الآخر جناية تُبطل الغرض المقصود من الشيء والذي له يراد وإن بقيت فيه منافع تابعة غير مقصودة: فهذا يكون صاحبه مخيراً إن شاء أخذ ما بين قيمته صحيحاً ومعيباً، وإن شاء أسلمه وأخذ قيمته وذلك مثل أن يكون لرجل عبد يزيده لبعض المنافع فيتعدى[3] عليه رجل فيقطع يده أو يعميه[4] فيبطل عليه الغرض الذي يراد له يراد في العادة، وكذلك المركوب الذي يراد للجمال والركوب يقطع أذنيه أو ذنبه فيبطل الغرض المقصود منه

---

(1) انظر: المراجع السابقة.

(2) انظر: المدونة: (182/4)، وما بعدها التفريع: (274/2-275)، الرسالة: (ص:232-233)، الكافي: (ص: 428-430).

(3) في (م): فتقدر.

(4) في (م): أو يعميه.

وإن كان يبقى فيه[1] استعماله في الحمل ونقل التراب أو ما أشبه ذلك، وقال أبو حنيفة والشافعي[2]: عليه فبذلك مثل ما بين القيمتين[3].

وإنما قلنا ذلك؛ لأنه قد أتلف عليه بهذا الفعل غرضه المقصود منه ضمانه اعتباراً به لو أحرقه أو أتلف جميعه.

فصل[5. في ضمان الشيء المغصوب باليد]

الشيء المغصوب مضمون باليد فمن غصب شيئاً فقد ضمنه إلى أن يرده: فإن رده كما غصبه سقط عنه الضمان ولزم المالك قبوله، فإن تلف عنده[4] على أي وجه تلف ضمنه بقيمته يوم الغصب، إما بمثله إن كان مما له مثل أو بقيمته إن كان مما لا مثل له أي نوع كان من ذهب أو فضة أو حيوان أو متاع أو عقار[5]، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن كل ما لا يصح نقله كالضياع والعقار فإن الغاصب لا يضمنه (بإخراجه عن يد مالكه إلا بأن يجني هو عليه فيتلف فيضمنه) [6] بالإتلاف[7].

ودليلنا أن كل معنى[8] يضمن به ما ينقل ويحول من الأعيان فإنه يضمن له ما لا ينقل منها ولا يحول كالقبض في البيع، واعتباراً بما لا ينقل ولا يحول بعلة أنها أعيان مقصورة؛ ولأن الغصب سبب للضمان فوجب أن يضمن به العقار والنخل كالإتلاف به.

(1) في (ق): معه.
(2) انظر: مختصر الطحاوى (ص: 117-120)، مختصر المزني (ص: 117).
(3) في (ق): في ذلك ما بين القيمتين.
(4) في (م): عمده.
(5) انظر: المدونة: (184/4)، التفريع: (274/2-276)، الرسالة:(ص:232) ، الكافى: (ص: 428).
(6) ما بين قوسين سقط من (ق).
(7) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 118)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (189/2).
(8) في (ق): كل وصي.

فصل[6. زوال الضمان بإعادة المغصوب إلى يد مالكه]

وإنما قلنا: إنه إذا ردَّه فلا شيء عليه؛ لأنه قد فعل ما كان عليه أن يفعله من إزالة يده عنه وترك إمساكه ظلماً وإعادته إلى يد مالكه فزال عنه الضمان لزوال السبب الموجب له وهو الغصب.

فصل[7. إذا زاد المغصوب عند الغاصب بسمن وغيره]

إذا زاد المغصوب عند الغاصب بسمن أو فراهة في تعلم صنعة أو زيادة تسوق أو ما أشبه ذلك فإنما[1] للمالك أخذه ولا شيء للغاصب ولا أجرة عليه لما علم من ذلك؛ لأن المالك لم يأذن له، وليس بعين يمكنه ارتجاعه فلم يكن له شيء، فأما إن زاد عنده بسمن أو غيره ثم تلفت تلك الزيادة ورجع إلى ما كان عليه عند الغصب فرده على الحال التي غصبه عليها لزم المالك أخذه ولا ضمان على الغاصب[2]، خلافاً للشافعي في قوله: إنه يضمن ما نقص عنده فيرد الأرش معه[3].

ودليلنا أن من أصلنا أنه ضامن لها يوم الغصب وما طرأ على أبعاضها أو ثمنها[4] من نقصان أو زيادة فلا حكم له؛ لأنه طارئ على عين مضمونة، ولأن رجوع العين المغصوبة إلى مالكها على الصفة التي غصبت يوجب القبول فوجب سقوط الضمان أصله لو لم تزد عنده[5] واعتباراً بحوالة الأسواق.

---

(1) فإنما: سقطت من (م).
(2) انظر: المدونة: (176/4)، التفريع: (276/23-278)، االكافي: (ص: 428).
(3) انظر: الأم: (246/3)، مختصر المزني (ص: 117)، الإقناع (ص: 114-115).
(4) في (م): على أنقاضها أو بدنها.
(5) في (م): لو لم نرد عينه.

فصل[8. إذا رده الغاصب ناقصا في بدنه عما غصبه عليه]

إذا رده ناقصاً في بدنه عماًّ غصبه عليه فإن المالك مخير بين أن يأخذه وبين أن يرده[1] ويضمنه القيمة يوم الغصب[2]، وإنما قلنا ذلك؛ لأنه مُتعدَّى عليه والغاصب هو المتعدي فكان أولى بالحمل عليه لقوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا ٱلسَّبِيلُ عَلَى ٱلَّذِينَ يَظۡلِمُونَ ٱلنَّاسَ ﴾[3]، ولأن المعتدى عليه مخير في الأصول؛ لأنه مجني عليه في ماله[4] فله أن يقول: لا آخذها كسيرة وقد غصبت مني صحيحة، فإذا ثبت أنه مخير بأن كان أخذها ناقصة فينظر: فإن كان ما حدث بها من النقص بأمر من الله تعالى[5] لا بفعل من الغاصب فليس للمالك إلا أخذها بغير أرش أو إسلامها وأخذ الغاصب بقيمتها يوم الغصب، وإنما قلنا ذلك؛ لأن الغاصب كان ضامناً لها يوم الغصب[6] فلم يكن لما حدث من العيب فيها حكم في الضمان؛ لأنه على أصل مضمون فإذا اختار المالك أخذها فقد رضي بعيبها لأنه لو لم يرض به لكان يسلمها ويرجع بالقيمة، فإذا قال أريد الأرش لم يكن له ذلك؛ لأن الغاصب لم يكن ضامناً لما حدث بانفراده، وإنما كان ضامناً له بضمان الجملة وأبعاضها تابعة لها.

فصل[9. إذا كانت الجناية على المغصوب بفعل الغاصب]

فأما إن كانت الجناية بفعل الغاصب مثل أن يقطع يدها أو يفقأ عينها واختار أخذها فهل يجب له أخذ أرش النقص؟ فيه خلاف[7]:

---

(1) في (م): يسلمه.
(2) انظر: المدونة: (4/ 176-184)، التفريع: (2/274-278)، الرسالة: (ص: 232).
(3) سورة الشورى، الآية: 42.
(4) في (م): ملكه.
(5) تعالى: سقطت من (ق).
(6) لها يوم الغصب: سقطت من (م).
(7) انظر: المدونة: (4/178)، الرسالة: (ص:233)، الكافي: (ص: 428-430)، المقدمات: (3/491).

قال ابن القاسم: له ذلك، وقال سحنون وابن المواز: ليس له إلا أخذها ناقصة بغير أرش أو إسلامها والرجوع بالقيمة يوم الغصب..

ووجه قول ابن القاسم إنه جناية على ملك كالمبتدأة، ولأن المالك متعدى عليه بشيئين بالغصب (وبالجناية فله أخذ الغاصب بأيهما شاء)[1]..

ووجه قول سحنون وابن المواز إنه ضامن لقيمتها بالغصب، والجناية الطارئة بعد الضمان لا حكم لها أصله إذا كانت من قبل الله تعالى، لأن الجناية على النفس آكد وأغلظ من الجناية على الأطراف، وقد ثبت أن الغاصب لو قتلها لم يلزمه زيادة على قيمتها يوم الغصب ففي الجناية على الأطراف أولى.

فصل[10. إذا لم ينتفع بما غصبه من دار أو عبد أو ثوب]

إذا غصب داراً أو عبداً أو دابة أو ثوباً فلم ينتفع به بسكنى ولا بركوب أو استخدام أو لبس أو غير ذلك ولا بإكراء ولا أغله فلا شيء عليه ولا يطالب بأجرة المدة التي بقيت غصباً في يده[2]، وقال الشافعي: تلزمه أجرة المثل للمدة التي قامت في يده[3]:

ودليلنا أنها منافع فلم تستوف من المغصوب فلم يضمنها الغاصب أصله منافع البضع، وهو أن يحبس حرة لا يمكنها التزويج وأخذ بدل بضعها حتى مضت مدة من الزمان فإنه لا يضمن مهر مثلها، ولأنها منافع تلفت في يد الغاصب من غير أن ينتفع بها أو يأخذ لها بدلاً فلم يضمنها كبضع الأمة.

---

(1) ما بين قوسين: سقط من (م).
(2) انظر: المدونة: (184/4)، الرسالة: (ص:232)، الكافي: (ص: 430).
(3) انظر: الأم: (247/3)، مختصر المزني (ص: 117).

فصل[11. إذا انتفع الغاصب بالمغصوب بنفسه أو بغيره]

فأما إذا انتفع الغاصب بالمغصوب إما بنفسه مثل أن يسكن الدار أو يركب الدابة أو يستخدم العبد أو يزرع الأرض، أو أن يؤاجر ذلك يأخذ غلته فقد اختلف فيه:

ففرق[1] ابن القاسم بين العقار وبين الحيوان فقال في الربع: إن سكنه بنفسه أو زرع الأرض لزمه أجرة المثل، وإن كان أكراها من غيره[2] لزم غرم ما أكراها به إن كان بقدر أجرة المثل وإن كان دون ذلك لزمه تمام الأجرة.

وفي الدواب والرقيق لا رجوع للمالك على الغاصب لا فيما انتفع به بنفسه ولا فيما أكراه واغتله، وقيل لا فرق بين ذلك كله ويرجع المالك عليه بكراء وغلة ما اغتله ولا يرجع عليه بما ركب بنفسه أو استخدم، وقيل عن مالك:[3] إن المالك لا يرجع بشيء أصلاً لا من أجرة ولا من كراء لا فيما انتفع الغاصب بنفسه ولا فيما أكراه في كل شيء من الرباع والحيوان وغيرها، وأن المنافع بالضمان[4].

فوجه التفريق بين الحيوان والرباع أن الحيوان غير مأمون؛ لأن التغير[5] يسرع إليه والتلف غالباً يجوز عليه فيمكن أن يتلف باستعماله فيلزمه قيمته فكان الخراج له وليس كذلك الرباع لأنها مأمونة في الغالب؛ ولأن[6] الحيوان محتاج إلى نفقة ومؤونة والغاصب لا يرجع بما أنفق عليه فكانت المنافع غير

---

(1) في (م): فصل.
(2) من غيره: سقطت من (ق).
(3) في (ق): حق ملك.
(4) في جملة هذه الأحكام انظر: المدونة: (185/4)، التفريع: (276/2)، الرسالة: (ص: 233)، الكافي: ص: 430.
(5) في (ق): التغيير.
(6) في (ق): ولا ضمان

مضمونة عليه[1] والرباع يرجع بما أنفق فيها أو عمره فأخذ منه قيمة ما انتفع وأجرة ما اغتل.

ووجه التفريق بين انتفاعه بنفسه وبين ما أكراه واغتله[2] في الحيوان والرقيق أن ما أكراه[3] عوضاً في منافع ملك الغير فكان كالعين القائمة فلزمه ردها، وما سكن بنفسه لم يأخذ عليه عوضاً يستحق رده عليه، ولأنه إن تلف ذلك في استخدامه أو ركوبه غرم القيمة ولم يأخذ شيئاً يغرم منه، فإن أكراه ثم تلف فقد اعتاض الكراء الذي يغرم[4] منه.

ووجه القول بأن المنافع غير مضمونة أصلاً قوله ﷺ: "الخراج بالضمان"[5]؛ ولأن الغاصب لما كان ضامناً للعين بقيمتها يوم الغصب لم يكن لمنافعها حكم في الضمان لأنها تابعة للعين، فأما إن اختار المالك أخذ العين ولا يرجع بشيء أو ضمنه قيمتها يوم الغصب، ولأن الضمان بالجناية آكد من الضمان بالاستخدام وغيره، وقد بيّنا[6] أن الغاصب لو جنى على بعض أطراف المغصوب لم يكن للمالك إلا أخذه ناقصاً بالأرش أو إسلامه والرجوع بالقيمة يوم الغصب فكان بأن لا يرجع في المنافع أولى. ووجه القول بأنه يرجع عليه في كل ذلك قوله ﷺ: "لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه"[7]؛ ولأنه انتفع بملك غيره من غير ملك ولا شبهة فلزمه[8] قيمة ما انتفع به أصله إذا ابتدأ الاستخدام والسكنى من غير غصب.

---

(1) في (م): عليهم.
(2) في (م): ما اكتراه وأغله.
(3) في (م): ما اكتراه.
(4) في (م): يعدم.
(5) سبق تخريج الحديث.
(6) في (م): وقد ثبت.
(7) سبق تخريج الحديث.
(8) في (ق): فلزم.

فصل[12. إذا غصب ساحة فبنى فيها]

إذا غصب ساحة فبنى عليها لزمه قلع البناء وردها[1] خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يقلعه[2]، ولصاحبها القيمة[3]؛ لقوله ﷺ: "على اليد ما أخذت حتى تؤديه"[4]، ولأنها عين اغتصبها فإذا جاز ردها لزمه أصله لو لم يبدأ فيها في البناء، ولأنه شغل ملك الغير بملكه الذي لا حرمة له غصباً فوجب أن يلزمه رده أصله لو غصب أرضاً فزرعها.

فصل[13. إذا غصب أرضاً فزرعها]

إذا غصب أرضاً فزرعها ثم أدركت والزرع قائم فيها: فإن كان وقت الزرع لم يفت كان للمالك[5] قلع زرعها[6]؛ لقوله ﷺ: "ليس لعرق ظالم حق"[7]، وهذا عرق ظالم؛ ولأن منافعها غير مملوكة فليس له شغلها على صاحبها ولا لعرقه حرمة كزرع المستحق من يده فيلزم المالك تبقيته[8] وأخذ الأجرة، وإذا كان كذلك كان له قلعه.

فصل[14. إن كان وقت الزرع قد فات ولا ينتفع المالك بقلعه]

فأما إن كان وقت الزرع قد فات ولا ينتفع المالك به إن قلع الزرع ففيها روايتان[9]: إحداهما: أن له قلعه، والأخرى: أن ليس له قلعه ويكون على الغاصب أجرة المثل، فوجه قوله أن يقلعه قوله ﷺ: "وليس لعرق ظالم حق"،

---

(1) انظر: المدونة: (4/190-191)، التفريع: (2/277)، الكافي: (ص: 432)

(2) في (م): لا تقلع.

(3) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 117-118)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (2/192-193)، وهذا على خلاف المشهور في المذهب.

(4) أخرجه أبو داود في البيوع، باب: في تضمين العارية: (3/822)، وإبن ماجه في الصدقات، باب: العارية (2/802) والترمذي في البيوع، باب: ما جاء في العارية مؤداة: (3/557) وقال: حسن صحيح، الحاكم: (2/47) وقال هذا حديث صحيح على البخاري.

(5) انظر: المدونة: (4/190)، التفريع: (2/679)، الكافي: (ص: 340 -432).

(6) في (ق): زرعه.

(7) هذا الحديث جزء من حديث "من أحيا أرضاً ميتة فهي له" الذي سبق تخريجه

(8) في (ق): بقيمته.

(9) انظر: المدونة: (4/190)، التفريع: (2/279)، الكافي: (ص: 432).

واعتباراً به إذا كان وقت الزرع لم يفت، (ووجه قوله ليس له قلعه: إنه لا ينتفع بذلك ويضر بالزرع)[1] فكان قصده مجرد الإضرار بالغاصب فلا يترك لذلك والأول أصح.

فصل[15. إذا أراق المسلم على ذمي خمراً]

إذا أراق على ذمي خمراً فعليه قيمته عند مالك، وقال عبد الملك لا قيمة عليه[2]، وهو قول الشافعي[3]، فوجه مالك أنه أتلف عليه ظلماً ما يعتقده ملكا له ويعز عليه فلزمه قيمته أصله إذا أتلف عليه ثوباً أو غيره من العروض، ووجه قول عبد الملك إنه لا قيمة للخمر فلم يلزمه سوى الأدب بإتلافه ما لم يكن له أن يتولى إتلافه، كما لو تعدى على مرتد فقتله لم تلزمه ولم يكن عليه إلا الأدب بافتياته على الإمام.

فصل[16. حكم من غصب أمة فوطئها]

إذا غصب أمة فوطئها فإنه زانٍ؛ لأنه وطء عن غصب كوطء الحرة وولده ملكاً لسيده؛ لأن ولد الأمة من غير سيدها تابع لها في الحرية والرق[4].

فصل[17. إذا أخذ القيمة من الغصب ثم وجد الشيء المغصوب]

إذا أخذ القيمة من الغصب ثم وجد الشيء المغصوب فهو للغاصب ولا رجوع للمالك عليه[5] خلافاً للشافعي[6]؛ لأنه لما أدى القيمة صار ملكاً له لأنه عوض عن رقبته فأشبه الثمن وهذا إذا لم يكن الغاصب أخفاه.

(1) ما بين قوسين: سقط من (ق).
(2) انظر: المدونة: (190/4).
(3) انظر: مختصر المزني (ص: 119)، الإقناع (ص: 116).
(4) انظر: المدونة: (181/4)، التفريع: (280/2)، الكافي: (ص: 430).
(5) انظر: التفريع: (279/2)، الكافي: (ص: 433).
(6) انظر: مختصر المزني (ص: 118 - 119)، المهذب: (367/1).

فصل[18. ضمان فتح قفص عن طائر فطار]

إذا فتح قفصاً عن طائر فطار ضمنه طار عقيب الفتح أو بعد مهلة[1]، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[2]؛ لأن سبب إتلافه الفتح؛ لأنه بالفتح خرج من القفص ولولاه لم يكن له سبيل إليه فإذا ثبت أن فتحه سبب لإتلافه لزمه ضمانه.

---

(1) انظر: التاج والإكليل - للمواق- بهامش مواهب الجليل: (278/5).
(2) انظر: مختصر المزني (ص: 118)، المهذب: (374/1).

باب: الاستحقاق[1]

إذا ابتاع رجل أمة فأولدها ثم استحقها رجل فقد اختلف قوله في أخذها فعنه في ذلك روايتان[2]: إحداهما: أن المستحق يأخذها، والأخرى: أن ليس له أخذه وله قيمتها.

فوجه قوله إن له أخذها لأنها باقية على ملكه واستيلاد الغير إياها[3] لا يمنع المالك أخذها ولا يوجب لها[4] حرمة الاستيلاد؛ لأن ذلك إنما يكون بفعل من السيد، وأما على وجه صنع له فيه فلا، ولأنها ولدت من غير مالك فلم يثبت لها حرمة الاستيلاد، أصله إذا ولدت من نكاح، ولأن اعتقاد الوطء استباحة وطئها بالملك كاعتقاده ذلك في النكاح، وقد ثبت أنه لو غرت من نفسها فتزوجها رجل على أنها حرة ووطئها فإن ذلك لا يمنع سيدها أخذها فكذلك في البيع.

ووجه قوله إنه ليس له أخذها فلأنه واطئ بشبهة ملك وشبهة كل عقد مردود إلى صحيحه، وإذا ثبت أنه ليس له أخذها فله القيمة وتكون يوم فاتت بالوطء كما تكون على الغاصب يوم الغصب، وإن لم تختر[5] أخذ الثمن ولا أخذها واختار الثمن الذي باعها به الغاصب فله ذلك لأنه متعدى عليه والخيار له، فإذا قلنا: له أخذها أو ليس له أخذها فإن الولد لا

---

(1) الاستحقاق: في اللغة إضافة الشيء لمن يصلح به وله فيه حق، وفي الاصطلاح: رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله أو حرية كذلك بغير عوض (حدود ابن عرفة - مع شرح الرصاع ص: 353).

(2) انظر: المدونة: (191/4)، التفريع: (282/2)، الكافي، (ص: 433)، المقدمات: (503/2).

(3) في (م): لها.

(4) في (م): له.

(5) في (م): لم يجبر.

يأخذه بحال؛ لأن الأب[1] دخل على أنه وطء ملكه وإن ولده أحرار فلا يجوز استرقاقهم فأما أخذ قيمتهم من الأب ففيه خلاف:

فوجه أخذها أن الأصل أن ولد أمته ملك له إلا أنه منع ذلك لحرمة الاستيلاد الثابت بالشبهة فكان له الرجوع بالقيمة على الأب لأنه سبب يمنع[2] أخذ السيد لهم.

ووجه نفي أخذها أنهم ولدوا في ضمان الأب بعد ثبوت القيمة عليه للأم وثبوت حرمتها فلا ضمان عليه فيما يتبع الأصل..

وإذا وجدها قد ولدت من غاصب فإنه يأخذها؛ لأن حرمة الاستيلاد لا تثبت لها ويأخذ الولد لأنهم ملك له؛ لأن الأب لم يدخل على أنهم أحرار والواطئ زان إذا وطء على الغصب يلزمه الحد ولا يلحق به الولد وقد بيناه.

فصل[1. إذا غرَّت الأمة من نفسها فتزوجت على أنها حرة]

فأما إذا غرت الأمة من نفسها فتزوجت على أنها حرة فللسيد أخذها؛ لأن منافع بضعها ملك له وغرورها لا يزيل ملكه، وله أخذ قيمة الولد ممن أخذه[3] لأنه سبب زوال السيد عنهم؛ لأنه دخل على أن يكونوا أحراراً بما غرته من نفسها، وهذا إذا كان الواطئ[4] أجنبياً أو ممن لا يعتق ولده على رجوع له بقيمة الولد على الواطئ خلافاً لمن يقول إن له القيمة[5]؛ لأن الولد إذا وجب عتقه عليه فأخذ العوض عليه غير جائز، والقيمة تكون يوم الحكم لأن ذلك وقت استحقاقها، ويرجع الأب بالصداق على من غره؛

---

(1) الأب: سقط من (ق).
(2) في (ق): منه.
(3) في (م): الأب.
(4) انظر: المدونة: (197/4)، التفريع: (283/2)، الكافي، (ص: 433).
(5) هو رواية عن الإمام أحمد واختاره الخرقي انظر: مختصر الخرقي: (ص: 94)، المغني: (521-522).

لأن العوض لم يسلم[1] له ولا يرجع بقيمة الولد[2] إذا أخذت منه على من غره، لأن الغرر[3] لم يتعلق بالولد وإنما تعلق بالاستمتاع.

فصل[2. من أحيا مواتاً أو ابتاع خراباً فعمرها ثم جاء مستحق لها]

من أحيا مواتاً أو ابتاع خراباً فعمَّرها ثم جاء مستحق: فإنه يأخذ ملكه إن أحب بعد دفع قيمة العمارة قائمة، ويرجع المشتري بالثمن على بائعه فإن لم يختر المستحق ذلك قيل للثاني ادفع إليه أرضه براحاً وتكون لك فإن أبى كانا شريكين بقدر قيمة البراح من غير عمارة وقيمة العمارة قائمة[4].

وإنما قلنا: إن المستحق يبدأ بالخيار، لأنه أقوى سبباً لكون الأرض له والمشتري أو المحيي عمر في شبهة ملك فكان صاحب الملك مقدماً عليه، وإنما قلنا: يعطيه قيمة البناء قائماً لأنه لم يتعد في البناء فيه فيطالب بالقلع، وإنما دخل على أنه يبني في ملكه فلم يكن ظالماً بل كان لبنائه حرمة.

وإنما قلنا: إنه إذا بذل القيمة لزم الثاني أخذها؛ لأن الضرر قد زال عنه بالاستحقاق بحصول القيمة، وإنما قلنا: إن القيمة تكون وقت الحكم لأن ما قبل ذلك لم يجب أخذها للمستحق.

وإنما قلنا: إن الخيار ينتقل إلى الثاني إذا أبى[5] المستحق ليزول الضرر عنهما فيقال للباني[6]: ادفع إليه قيمة براحه فإن أجاب إلى ذلك وأبي المالك أُجبر على أخذه؛ لأن الباني[7] يقول: لست أختار أن يكون لي بناء في ملك غيري فيكون له ذلك.

---

(1) في (ق): لو يعلم.
(2) في (ق): بالقيمة.
(3) في (م): الغرور.
(4) انظر: المدونة: (4/193-195)، التفريع: (2/282)، المقدمات: (2/507-509).
(5) في (ق): أفاء.
(6) في (م): الثاني.
(7) في (م): الثاني.

وإنما قلنا: إنهما يكونان شريكين إذا أبى كل واحد أن يدفع إلى الآخر قيمة ماله؛ لأن كل واحد منهما له حق لا يجوز إبطال الآخر له، وليس إلا الإجبار أو البقاء على الشركة.

فصل[3. في الاستحقاق من يد غاصب]

وأما الاستحقاق من يد غاصب قد بنى وغرس فإن المالك مخير: إن شاء قلع بناءه وغرسه، وإن شاء أعطاه قيمته مقلوعاً بعد طرح أجرة القلع[1].

وإنما وجب ذلك لأن عرق الغاصب لا حرمة له؛ لأنه[2] عرق ظالم فكان لرب الأرض قلعه إذا اختاره وله دفع قيمته مقلوعاً إن اختار، ولا مقال للغاصب إن قال: أريد عين مالي ولا أريد قيمته؛ لأن المالك يقول: لا أدعك تعور أرضي بقلع غراسها أو بنائها أو بإخرابها وإحواجي[3] إلى عمارتها فيكون بذلك له..

وإنما قلنا: إنه يدفع إليه قيمته مقلوعاً لأن تبقيته غير مستحقة عليه، لأن القيمة في هذا الموضع بدل عن العين للغراس والبناء فلما كان للغاصب أخذه نقضاً وخشباً كان على المالك أن يعطيه قيمته بما كان يأخذه لو أخذه..

وإنما قلنا: يحط عنه أجرة القلع؛ لأن قلعه مستحق على الغاصب؛ لأن[4] عليه تسليم الأرض إلى المالك فارغة فيجب أن يحط عن المالك قدر الأجرة وليس للغاصب قيمة ما له إن قلع[5] ولا قلعه مثل الجص الذي لا مرجوع له وإزالة النقوش والتزاويق وما أشبه ذلك لأن قلع ذلك إضرار برب الأرض

(1) انظر: المدونة: (4/184-190)، التفريع: (2/279)، الرسالة، (ص: 232-233)، الكافي: (ص: 432).
(2) لأنه: سقطت من (م).
(3) في (م): باتجزاءها وإحراجي
(4) على الغاصب لأن: سقطت من (ق).
(5) نفي (م): نان قلعه.

ويعور أرضه من غير نفع يحصل للغاصب فلم يكن منه، ولا معتبر لقوله إن هذا غير شيئي فلي أخذه، لأن ذلك يكون له فيما ينتفع به، فأما فيما يقصد به إضرار غيره فلا يمكّن منه والله أعلم[1].

---

(1) أحكم: سقطت من (م).

كتاب الحوالة[1]

لا خلاف في جواز[2] الحوالة[3]، والأصل فيه قوله ﷺ: "إذا أحيل أحدكم على مليئ فيتبع"[4]، وهي في الحقيقة بيع الدين بالدين؛ لأن المحيل باع الدين الذي له على المحال عليه من غريمه بدينه الذي كان عليه، واستثنيت من الكالئ بالكالئ وهو الدين بالدين، لأن المقصود بيع الرطب بالتمر في نظائر لذلك.

مسألة[1. شروط الحوالة]

إذا أحالك غريمك بدينك الذي لك عليه على من له عليه دين لم يلزمك ذلك إلا برضاك: فإن رضيت باتباعه تحول حقك وبرئت ذمة غريمك المحيل، ولا اعتبار برضا من أحيل عليه، ولا رجوع لك على من أحالك إن فات من أحلت عليه أو غاب أو أفلس إلا أن يكون غريمك علم منه حين أحالك عليه إفلاساً فقد غرك ولم يعلمك فيكون لك الرجوع على غريمك[5].

وإنما شرطنا رضا صاحب الدين بالحوالة، خلافاً لداود في قوله إنه يلزمه قبول الحوالة شاء أم أبى[6]؛ لأن صاحب الدين رضى الدين بذمة غريمه دون

---

(1) الحوالة: في اللغة الإحالة أو التحويل، وفي الاصطلاح: طرح الدين عن ذمة بمثله في أخرى. (حدود ابن عرفة - مع شرح الرصاع ص: 316). وسيأتي تعريف المصنف للحوالة قريباً في النص.

(2) في (م): في جوازها.

(3) انظر: الإجماع –لابن المنذر- (125)، المغني: (576/4)، فتح الباري: (3676/4).

(4) أخرجه البخاري في الحوالة، باب: الحوالة: (55/3)، ومسلم في المساقاة، باب: تحريم مطل الغنى: (1197/3).

(5) في جملة هذه الأحكام انظر: المدونة: (148/4)، التفريع: (288/2)، الكافى: (ص:401)، المقدمات: (403/2).

(6) انظر: المحلى: (520/8)، بداية المجتهد – مع الهداية في تخريج أحاديث الهداية: (114/8).

غيرها فلا يلزمه الانتقال إلى ذمة لم يرض بها مع بقاء الذمة الأولى، ولأنه حق تعلق بذمته فلم يجبر على نقله إلى شيء آخر كما لا يجبر على نقله إلى شيء آخر[1].

وإنما شرطنا أن يكون للمحيل على المحال عليه دين لأنه إن لم يكن له عليه دين كانت حمالة لا حوالة؛ لأن حقيقة الحوالة: بيع الدين الذي على المحال بالدين الذي للمحيل، وتحول الحق من ذمة[2] إلى ذمة وذلك يقتضي أن يكون هناك دين تحصل الحوالة به.

وإنما قلنا: إن ذمة المحيل تبرأ إذا رضي صاحب الدين بالحوالة، خلافاً لأبي حنيفة قي قوله: إن له الرجوع إن مات المحال عليه مفلساً أو جحد الحق[3]؛ لقوله ﷺ: "إذا أحيل أحدكم على ملئ فليتبع"[4] فأطلق، ولأنها حوالة برأت ذمة المحيل بها فلم يكن له الرجوع على المحيل بها أصله إذا لم تتغير حاله، ولأن عقد الحوالة إذا انبرم منع رجوع المحال على المحيل أصله ما ذكرناه، ولأن الحوالة بمنزلة الإبراء، والقبض لأن المطالبة بالدين تسقط معها والاعتبار حادث بعد القبض فلا رجوع للمحال به.

وإنما قلنا إذا غرَّه كان له الرجوع، خلافاً للشافعي في قوله: لا رجوع له[5]، لقوله ﷺ: "إذا أحيل أحدكم على ملئ فليتبع"[6] وهذا غير ملئ، ولأن المحال إنما أبرأ المحيل على شرط وهو علمه بسلامة ذمة من يحمله[7] عليه، وإذا غرَّه كان له الرجوع لأنه قصد إتلاف ماله.

---

(1) في (م): كما على يجبر إلى بقاء على شيء آخر.
(2) في (ق): ذمته.
(3) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 103-104)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (161/2).
(4) سبق تخريج الحديث قريباً.
(5) انظر: الأم: (229/3)، مختصر المزني (ص: 107)، الإقناع (ص: 107).
(6) سبق تخريج الحديث قريباً.
(7) في (م): يحال.

وإنما قلنا: إن رضا من يحال عليه غير معتبر، خلافاً لداود في قوله: لا تلزمه حوالة صاحب الدين لغيره إلا برضاه[1]؛ لقوله ﷺ: "وإذا أحيل أحدكم على ملئ فليتبع"[2]، ولم يشرط رضاه، ولأن الحق هو للمالك[3] له أن يملكه من شاء، وينقله إلى ملك من يختاره وكسائر الحقوق.

---

(1) انظر: المحلى: (520/8)، بداية المجتهد – مع الهداية في تخريج أحاديث الهداية: (114/8).
(2) سبق تخريج الحديث.
(3) في (ق): لمالكه.

باب الحمالة[1]

الأصل في جواز الحمالة[2] قوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾[3]، وقوله ﷺ: "الزعيم غارم"[4]؛ ولأنها وثيقة بالحق كالرهن، ولا خلاف في جوازها[5]، ولها عبارات هي الحمالة والكفالة والضمان والزعامة كل ذلك بمعنى واحد.

فصل[1. فيما تجوز فيه الحمالة]

وهي جائزة بكل حق يكمن استيفاؤه من الضامن[6]؛ لأن فائدتها قيام الضامن مقام الغريم في شغل ذمته بالحق الذي عليه، ولا يجوز في الحدود لتعذر هذا المعنى فيها لأن استيفاءها من الضامن غير جائز.

فصل[2. الكفالة بالوجه]

الكفالة بالوجه[7] جائزة[8] خلافاً للشافعي[9]؛ لأنها وثيقة بالحق كالرهن، ولأنه سبب يتوصل به إلى ماله على طريق الوثيقة كالوثيقة بالمال، ولأن على من عليه المال أن يحضر أو يوكل من يحضر..

---

(1) الحمالة: الحمل والحمالة: في اللغة: بمعنى واحد، لأنهما جميعاً مصدر أن من حمل حملاً وحمالة، وفي الاصطلاح: الحمالة التزام دين لا يسقطه أو طلب من هو عليه لمن هو له (المقدمات: 376/2، حدود ابن عرفة ص: 319).

(2) في (م): جوازها.

(3) سورة يوسف، الآية: 72.

(4) هو جزء من حديث "العارية مؤداة" الذي سبق تخريجه.

(5) انظر: الإجماع –لابن منذر- (125)، المغني: (590/4)، بداية المجتهد – مع الهداية في تخريج أحاديث الهداية: (99/8).

(6) في (ق): من الضمان.

(7) وهو أن يتكفل بوجه رجل يأت به.

(8) انظر: المدونة: (129/4)، التفريع: (287/2)، الكافى: (ص:398).

(9) انظر: الأم: (229/3)، الإقناع (ص: 102).

وإذا ثبت أن ذلك عليه صح أن يضمن عنه، ولا يلزم الحدود ولا[1] يقال إن عليه أن يحضر ويقتل أو يحد[2].

فصل[3. متى يبرأ في الكفالة بالوجه]

إذا ثبت جواز الكفالة بالوجه: فإن جاء الكفيل بالمتكفل به فقد برئ، وإن لم يأت به غرم ما عليه، لقوله ﷺ[3]: "الزعيم غارم"[4]؛ لأن الفائدة في الحمالة بالوجه استيفاء الحق من الحميل إن لم يمكنه إحضار الغريم بدليل امتناع الكفالة[5] في الحدود لتعذر هذا المعنى فيها، وسواء شرط ذلك عليه[6] أم لا في أنه يكون ضامناً للمال[7] إلا أن يشترط أني متكفل بوجهه.. فإن هرب لم يكن عليه من المال الذي عليه شيء فلم يلزمه حينئذ بشرطه إلا أن يمكنه إحضاره فيفرط فيلزمه بتفريطه؛ لأنه كمن تعمد إتلاف مال غيره، ولو مات المتحمل بوجهه لم يلزم الحميل شيء بشرط أنه غير متحمل بالمال أو أطلق؛ لأنه لا صنع له في موته فينسب إلى تفريط.

فصل[4. الضمان لا يبرئ ذمة المضمون عنه]

الضمان لا يبرئ ذمة المضمون عنه[8]، خلافاً لابن أبي ليلى[9]؛ لقوله ﷺ: "نفس المؤمن مرتهنة بدينه حتى يقضى عنه"[10]، ولأن الضمان مأخوذة

---

(1) في (م): ولأنه لا.
(2) في (م): وليقيل أو ليحد.
(3) ﷺ: سقطت من (م).
(4) سبق تخريج الحديث.
(5) في (م): الحمالة.
(6) عليه: سقطت من (ق).
(7) للمال: سقط من (ق).
(8) انظر: التفريع: (286/2)، الكافي: (ص: 398-399)
(9) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 102)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (160/2).
(10) أخرجه ابن ماجه في الصدقات، باب: التشديد في الدين: (806/2) والترمذي في الجنائز، باب: ما جاء أن النبي ﷺ أنه قال: "نفس المؤمن..." (380/3)، وقال حسن، والحاكم: (26/2)، وقال صحيح على شرط الشيخين.

من الضمن وهو شغل ذمة أخرى بالحق بخلاف الحوالة التي هي مأخوذة من تحول الحق؛ ولأنها وثيقة فلم يبرأ بها من عليه الحق كالرهن.

فصل[5. فيما تصح فيه الحمالة]

يصح[1] في المعلوم والمجهول[2] خلافاً للشافعي[3]، لقوله ﷺ: "الزعيم غارم"[4]، ولم يفرق، ولأنه تطوع بإلزام نفسه ما لم[5] يكن يلزمه على وجه المعروف فجاز كالنذر[6].

فصل[6. جواز الضمان عن الميت]

الضمان عن الميت جائز إذا خلَّف[7] وفاء من غير خلاف، ويجوز عندنا أن يضمن عنه وإن لم يخلف وفاء[8]، خلافاً لأبي حنيفة[9]؛ لحديث أبي قتادة[10] في الرجل الذي مات وعليه ديناران فامتنع النبي ﷺ من الصلاة عليه فلما ضمنها أبو قتادة صلى عليه[11]؛ لأن كل دين لو كان به وفاء صح ضمانه فإنه يصح وإن لم يكن به وفاء أصله الضمان عن الحي.

فصل[7. براءة ضمين المال ومطالبة الكفالة]

لا يبرأ ضمين المال إلا أن يحضر وجه المتكفل به؛ لأن التكفل بغير وجهه[12] والبراءة إنما تكون بخروجه مما تكَّفل به، واختلف عنه في

---

(1) يقصد الضمان أنه يصح في المعلوم والمجهول.
(2) انظر: التفريع: (285/2)، الكافي: (ص: 398)، المقدمات: (376/2).
(3) انظر: الأم: (229/3)، الإقناع (ص: 102).
(4) سبق تخريج الحديث.
(5) في (م): شيئاً.
(6) في (م): كالبدر
(7) في (م): خاف.
(8) انظر: المدونة: (131/4-132)، المقدمات: (378/2).
(9) انظر: مختصر الطحاوي ص: 104، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (159/2).
(10) أبو قتادة: الأنصاري هو الحارث ويقال: عمرو أبو النعمان بن ربعي بن بلدمه السلمي المدني، شهد أُحداً وما بعدها، ولم يصح شهوده بدراً، ومات سنة أربع وخمسين (تقريب التهذيب ص: 666).
(11) أخرجه البخاري في الحوالة، باب: إن أحال دين الميت على رجل جاز: (55/3).
(12) في (م): وجه.

مطالبة الكفيل مع القدرة على أخذ الحق من الغريم فعنه في ذلك ثلاث روايات[1]:

إحداها أن له ذلك وهو قول أبي حنيفة والشافعي[2]، والأخرى أن ليس له مطالبة الكفيل إلا أن يتعذر أخذ الحق من الغريم وهو قول عبد الملك، والثالثة أنه ابتدأ بمال الغريب فإن وفى لم تكن له مطالبة الكفيل، فإن عجز أخذ باقي الحق من المال[3] الكفيل، وهذا على التحقيق ليس برواية ثالثة وإنما رجوع إلى ثانية.

فوجه الأولى قوله ﷺ: "الزعيم غارم"[4] ولم يفرق؛ ولأنها حال ضمان كحال إفلاس الغريم، ولأن الضامن أقام نفسه مقام الغريم في شغل ذمته بالحق على الوجه الذي كانت ذمة الغريم مشغولة به فإذا كان له مطالبة الغريم فكذلك له مطالبة الكفيل.

ووجه الثانية ما احتج به أحمد بن المعذل وهو الضمان في العادة؛ إنما هو لحفظ الحق من التوى[5] والهلاك، ولم يوضع؛ لأن يكون الضامن كالغريم في أصل المطالبة فإذا صح ذلك لم تكن له المطالبة إلا على الوجه الذي عليه دخل الضامن.

فأما الثالثة فمرتبة على ذلك أنه يبدأ بمال الغريم؛ لأنه أحق بالمطالبة فإن وفّى به سقط عن الضمين، وإن عجز تمم من مال الضمين؛ لأن استيفاءه متعذر من الغريم وهذه فائدة الضمان.

---

(1) انظر: المدونة: (136/2، 139)، التفريع: (286/2)، الكافي: (ص: 399).
(2) انظر: مختصر الطحاوي(ص: 102 - 103)، الأم: (299/3).
(3) مال: سقطت من (ق).
(4) سبق تخريج الحديث.
(5) التوى: الهلاك (المصباح المنير، (ص: 79)

فصل[8. في موت الضمين دون حلول الحق]

وإذا مات الضمين دون حلول الحق[1] ففيها روايتان[2]:

إحداهما أن المال يؤخذ من تركة الضمين فيدفع إلى صاحب الدين ويرجع به ورثة الضمين على المضمون عنه فيأخذونه منه عند أجله.

والثانية أنه يؤخذ قدر الحق من تركته فيعزل إلى أن يحل الأجل فإن[3] أمكنه أخذه من الغريم رد على ورثة الضمين، وإن تعذر ذلك أخذ حينئذ من مال الضمين..

والأولى مخرجة على أن له أن يطالب في حلول الحق أيهما شاء، لأن موت الضمين يحل الحق عليه، والثانية مبنية على أنه ليس له مطالبة الضمين إلا أن يتعذر أخذه من الغريم، وإنما يعزل لئلا يتلفه الورثة.

فصل[9. بطلان الحمالة بالكتابة]

الحمالة بالكتابة لا تصح[4]؛ لأنها ليست بدين ثابت مستقر، ولأن العبد إن عجز رق وانفسخت الكتابة.

فصل[10. إذا قال: له داين فلاناً وأنا ضامن]

وإن قال: لرجل داين فلاناً وأنا ضامن لما تعطيه جاز ذلك ولزمه ضمان ما يداين به مثله[5]. وذلك مبني على ثلاثة أصول: أحدها أن ضمان الحق قبل وجوبه جائز كقوله: ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه وقد ذكرناه في الرهن، والثاني أن ضمان المجهول جائز وقد قدمناه، والثالث أن الإطلاق في مثل ذلك[6] محمول على العادة دون ما يخرج عنها.

---

(1) في (م): قبل حلول أجل الحق.
(2) انظر: المدونة: (131/2)، التفريع: (2/ 286)، الكافي: (ص: 399).
(3) في (ق): المدة.
(4) انظر: المدونة: (139/2)، التفريع: (285/2)، الكافي: (ص: 398)
(5) انظر: المدونة: (133/2)، الكافي: (ص: 399)
(6) في (ق): مثل في ذلك.

كتاب الوكالة[1]

تصح الوكالة من الحاضر والغائب والرجل والمرأة[2] خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إنها لا تصح إلا من غائب أو مريض أو امرأة غير برزة[3]، لأن علياً – رضي الله عنه– وكَّل عقيلاً[4] وقال: هذا عقيل ما قضي عليه فعلي وما قضي له فلي[5] ولم ينكر ذلك أحد، و لأن كل و كيل صح مع الغيبة صح مع الحضور أصله توكيل المريض، ولأن كل وكالة صحت برضا الموكل عليه[6] صحت، وإن لم يرض كوكالة الغائب والمرأة غير البرزة.

فصل[1. عدم افتقار التوكيل إلى حضور الخصم]

لا يفتقر التوكيل إلى حضور الخصم، وكذلك إثبات الوكالة عند الحاكم[7] خلافاً لأبي حنيفة في منعه ذلك إلا أن تتعلق الخصومة بحاضر مثل أن يدعي على جماعة فيحضروا واحداً منهم ويغيب الباقون[8]؛ لأنه توكيل في استيفاء حق فلم يكن من شرطه حضور الموكل عليه أصله إذا وكله على جماعة فحضر واحد وغاب الباقون، ولأنها استنابة فيما تصح فيه النيابة لم يفتقر إلى حضور الغير كالتوكيل في البيع.

(1) الوكالة: قال ابن فارس: الواو والكاف واللام: أصل صحيح يدل على اعتماد غيرك في أمرك (معجم مقاييس اللغة: (136/6)، وفي الاصطلاح: نيابة ذي حق غير ذي امرأة ولا عبادة لغيره فيه غير مشروطة بموته (حدود ابن عرفة ص: 327).
(2) انظر: المدونة: (265/3)، التفريع: (316/2)، الكافي: (ص:394).
(3) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 108)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (139/2).
(4) عقيل بن أبي طالب: أخو علي وجعفر وكان الأسن، صحابي عالم بالنسب مات سنة سنتين وقيل بعدها (تقريب التهذيب ص: 396.
(5) أخرجه البيهقي: (81/6).
(6) عليه: سقطت من (م).
(7) انظر: التفريع: (316/2)، الكافي:(ص: 394)
(8) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 108)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (139/2).

فصل[2. فيما تجوز فيه الوكالة]

الوكالة جائزة في كل الحقوق التي تصح فيها النيابة من البيع والشراء، والإجارة، وعقد النكاح، والطلاق، واقتضاء الدين[1] وقضائه، وخصومة الخصم، وتزويج الولي[2] وغير ذلك مما يجري مجراه[3].

فصل[3. إذا استوفى الوكيل ما أمر بابتياعه]

إذا استوفى الوكيل ما أمر بابتياعه[4]: فإن كان بثمن مثله جاز[5] وقال الشافعي لا يجوز[6]، وكذلك عندنا للوصي والأب أما الدلالة على جواز ذلك للوصي وللأب فلقوله تعالى: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْيَتَـٰمَىٰ ۖ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ﴾[7]، ولأنه إنما أقيم للنظر في مال من يلي عليه، فإن كان الذي يشتريه بزيادة فذلكم أحظ لليتيم وأسوأ أحواله أن يكون كالأجنبي، وأما الوكيل فلأن غرض الموكل توفير الثمن دون أعيان المشترين، ولأن ذلك هو المقصود فيجب بحصوله أن يصح.

فصل[4. فيما يجوز للوكيل وكالة مطلقة من بيعه]

إذا وكَّله في البيع وكالة مطلقة لم يجز له أن يبيع إلا بثمن مثله نقداً بنقد ذلك البلد، فإن باع بما لا يتغابن الناس بمثله أو بتأخير أو بنقد يخالف نقد البلد لم يلزم ذلك الموكل إلا برضاه، وكذلك لو وكَّله في شراء شيء وكالة مطلقة لم يكن له أن يشتريه إلا بثمن مثله[8]، وقال أبو حنيفة: يجوز في البيع أن يبيع إلى أجل وبغير نقد البلد وبنقصان من ثمن المثل أو بما لا

---

(1) في (م): الديون.
(2) في (م): الولية.
(3) انظر: التفريع: (2/315-316)، الكافي: (ص: 394).
(4) في (م): بيعه.
(5) انظر: التفريع: (2/317)، الكافي: (ص: 396).
(6) انظر: مختصر المزني ص: 111، الإقناع (ص: 112 - 113).
(7) سورة البقرة، الآية: 220.
(8) انظر: التفريع: (2/317)، الكافي: (ص: 394).

يتغابن الناس بمثله[1]، ووافقنا فيه إذا وكله بشراء عبد أنه ليس له أن يشتريه بأكثر من ثمن مثله ولا إلى أجل.

فدليلنا على أنه لا يجوز بيعه بما لا[2] يتغابن الناس بمثله أنه توكيل في مساومة[3] فلم يجز فيه التغابن المتفاوت كالتوكيل في الشراء؛ ولأن المحاباة في حكم الهبة بدليل اعتبارها من الثلث حال المريض ومنعها للوارث، وقد ثبت أن الوكيل ليس له هبة الشيء الذي وكل فيه وكذلك لا يملك المحاباة فيه..

ودليلنا على أنه لا يجوز أن يبيع نساء ولا بغير نقد البلد: أن التوكيل[4]، إنما كان في بيع مطلق والبيع في الشرع يقتضي النقد بنقد البلد: كما لو قال رجل بِعني هذا الثوب بمائة درهم فقال: بعتكه، لكان هذا الإطلاق يقتضي التعجيل بنقد البلد، إنما قلنا: إنه يكون بالخيار لأن من باع ملك[5] غيره أو وهبه وقف على إجازته وقد ذكرناه في البيوع.

فصل[5. إذا وكله في قبض دين له على رجل]

إذا وكَّله في قبض دين له على رجل أو وديعة عنده فصدَّق الغريم الوكيل وليس للوكيل بينة لا يجبر الغريم على دفع الشيء إلى الوكيل[6]، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إنه يجبر إذا كان الحق في الذمة ولا يجبر إذا كان في غير ذمته[7]؛ ولأنه لا يلزم الغريم أن يدفع إلا ما يبرأ به بدليل أنه لو كان عليه حق فطالبه صاحبه به كان له أن يمنعه حتى يحضر الوثيقة وتسقط شهادة الشهود، والدفع بالإقرار لا يبرأ به بدليل أن صاحب الدين[8] لو جحد

(1) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 111)، مختصر القدوري - مع شرح الميداني: (147/2).
(2) في (ق): إلا بما لا.
(3) في (م): مفاوضة.
(4) في (م): أو للوكيل.
(5) في (م): ملكه.
(6) انظر: التفريع: (316/2)، الكافي:(ص: 395- 396).
(7) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 109)، مختصر القدوري - مع شرح الميداني: (151/2).
(8) في (ق): العين.

الوكالة لزمه دفعه إليه ثانية، وإذا كان كذلك لم يلزمه الدفع، وتحريره أن يقال: كل من لم يبرأ بالدفع إليه لم يجبر على دفعه إليه كالأجنبي؛ ولأنه أقر على غيره بالتوكيل فلم يلزم بحكم ذلك الإقرار تسليم ما في يده إلى الوكيل اعتباراً بما في يده من العين.

فصل [6. إذا دفع الدين إلى من يعترف بأنه وكيل]

إذا ثبت أنه لا يجبر على الدفع إلى من يعترف بأنه وكيل بغير بينة على الوكالة، فلو[1] اعترف له صاحب الحق فقد برئ وإن أنكر الوكالة وأقر قبض الحق برئ الغريم[2] أيضاً؛ لأن ثبوت الوكالة ليس بشرط في الإبراء، كما لو بعث به الغريم على يد رسول ابتداء واعترف صاحب الحق[3] بقبضه لبرئ الغريم فإن أقر صاحب الحق بالوكالة وأنكر أن يكون الغريم دفع الدين[4] إلى الوكيل لم يلتفت إلى أقوال الوكيل بالقبض وإنكاره ولزم الغريم إقامة البينة بالدفع إلى الوكيل، فإن لم يقم ببينة غرم في ذلك لصاحب الحق لأن الغريم هو الذي أتلف ماله لأنه حين دفعه إلى من يبرأ بالدفع إليه..

وكذلك لو كانت الوكالة ببيِّنة فدفع الغريم إلى الوكيل بغير بيِّنة وأنكر صاحب الحق فإن الغريم يغرم المال؛ لأن إقرار الوكيل بالقبض غير مقبول على الموكل لأن الوكيل أمين فيما بينه وبين موكله لا فيما بينة وبين غيره..

وإذا كان كذلك فإن الغريم يغرم المال ثانية وله إحلاف صاحب الحق أنه لم يقبضه ولم يعلم بدفع الحق إلى وكيله فإن ادعى الوكيل[5] أنه دفع المال إليه ببينة وأقامها فإن الغريم يبرأ بذلك، ولا يحتاج إلى إقامة بينة على

---

(1) في (م): فإن.
(2) انظر: التفريع: (316/2)، الكافي: (ص: 395- 396).
(3) في (م): صاحب الدين.
(4) في (م): الحق.
(5) في (م): وكيله.

الدفع إلى الوكيل، لأن البيِّنة قد شهدت بقبض صاحب الحق (بحقه فإن ادعى الدفع إلى صاحب الحق)[1] بغير بينة فلا يلزم ذلك صاحب الحق على ما بيناه.

فصل[7. في كون الوكيل مؤتمن فيما بينه وبين موكله]

الوكيل مؤتمن فيما بينه وبين موكله: فإن ادعى ردّ ما[2] أودعه أو أسلمه إليه ليشتري به أو ليدفعه إلى غيره أو على أي وجه كان صُدِّق مع يمينه..

فإن وكله بقبض دين وادعى أنه قبضه وسلمه إلى موكله أو أنه ضاع منه قبل تسليمه إلى الموكل:

فإن ثبت قبضه إياه ببينة من الغريم[3] صدق في الضياع وفي إقباض الموكل، وإن لم يثبت ذلك إلا بإقراره أو بإقرار الغريم فالدين باق[4] على الغريم لا يبرأ إلا ببينة على ما دفعه إلى الوكيل على ما بيناه..

ولو وكله على أن يقبض[5] عنه ديناً لم يكن له دفعه إلا ببيِّنة فإن دفعه بغير بينة لم يبرأ الوكيل إن جحد صاحب الحق[6] ويغرم الوكيل؛ لأنه أتلف على الموكل ماله بترك االتوثق، وعليه أنه لا يبرأ[7] بذلك وليس له أن يتلف ماله، وكذلك الوصي يقضي غرم الميت[8] بغير بيِّنة فهو ضامن لأنه أتلف ذلك على الأصاغر[9].

(1) ما بين قوسين: سقط من (م).
(2) في (م): رد مال.
(3) في (ق): الذي.
(4) باق: سقطت من (ق).
(5) في (م): بأن يقبض له.
(6) في (م): الدين.
(7) في (م): وعمله أنه يبرأ.
(8) غرم الميت: سقطت من (ق).
(9) في جملة هذه الأحكام انظر: المدونة: (265/3)، التفريع: (316/2-317)، الكافي: (ص: 395-397).

فصل[8. في حكم عقد الوكالة]

الوكالة عقد جائز وليس من العقود اللازمة، وفائدة ذلك أن لكل واحد من المتعاقدين الخروج من العقد أي وقت شاء من غير اعتبار برضا الآخر ولا خلاف أن الموكل له عزل الوكيل حضر الوكيل أم غاب..

وكذلك للوكيل عندنا عزل نفسه عن الوكالة مع حضور الموكل وغيبته، خلافاً لأبي حنيفة في قوله ليس ذلك للوكيل إلا مع حضور الموكل[1]؛ لأنه عقد[2] لا يفتقر إلى شخص فلم يفتقر إلى حضوره كالطلاق والعتاق بعكسه البيع؛ ولأنه أحد متعاقدي الوكالة فلم يقف فسخه على حضور الآخر كالموكل.

فصل[9. إذا تصرف الوكيل بعد علمه بعزل الموكل له]

إذا تصرف الوكيل بعد علمه بعزل الموكل له فتصرفه باطل ويضمن ما أتلفه[3] له لتعديه، وإن علم ذلك غريم أو معامل للموكل لم يجز تسليمه لشيء مما كان يجوز له أن يسلمه بحق الوكالة إلى الوكيل: فإن فعل ذلك لم يبرأه وضمن من غير اعتبار بعلم الوكيل..

فأما إذا تصرف الوكيل بعد ثبوت عزل الموكل له ببينة أو بموته والوكيل لا يعلم فاختلف فيه فقال ابن القاسم: تصرفه مردود، وقال غيره من أصحابنا: تصرفه صحيح[4]، فدليلنا على البطلان أن العزل معنى يسقط الوكالة فلم يختلف بعلم الوكيل بموجبه[5] وجهله أصله الموت.

---

(1) انظر: مختصر الطحاوي ص: 109، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (145/2).
(2) في (م): دفع حق.
(3) في (ق): ما أتلف.
(4) انظر: التفريع: (317/2)، الكافي: (ص: 395).
(5) بموجبه: سقطت من (م).

فصل[10. إذا وكله في شراء جارية أو ثوب أو عبد ولم يصفه له]

إذا وكله في شراء جارية للوطء أو الخدمة أو تزويج أو شراء ثوب أو عبد لم يصفه له جاز، ويلزمه من ذلك ما يشبه دون ما لم يشبه[1]؛ لأن إطلاق الوكالة يقتضي ما يشبه، فإذا ادعى غيره لم يقبل منه؛ لأنه خلاف العرف كما لو ادعى في بيع سلعة أنه وكله في بيعها بما لا يتغابن الناس بمثله لم يصدق، لأنه خلاف العرف.

(1) انظر: المدونة: (3/265 - 267)، التفريع: (2/316)، الكافي: (ص: 396).

كتاب الإقرار[1]

إذا أقر بمال ولم يذكر مبلغه اختلف أصحابنا[2] فيه: فمنهم من قال يرجع في تفسيره إليه فيلزمه قدر ما يقر به من قليل أو كثير ولو قيراط أو حبة وهو قول الشافعي[3]، ومنهم من قال يجيئ على أصول مالك أن يلزمه ربع دينار إن كان من أهل الذهب وثلاثة دراهم إن كان من أهل الورق، وذكر عن ابن المواز أنه يلزمه عشرون ديناراً إن كان من أهل الذهب أو مائتا درهم إن كان من أهل الورق، وقال بعض أصحابنا ويجيئ على هذا أن يلزمه إن كان من أهل الإبل والبقر والغنم أول نصاب منهما.

فوجه القول بنفي التقدير قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَٰلَ ٱلْيَتَٰمَىٰ ظُلْمًا ﴾[4]، وقال: ﴿ وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ﴾[5] ولا خلاف أن هذا ينتظم القليل والكثير، ولأن هذا الاسم لجنس ليس له تقدير في شرع ولا لغة فوجب أن يلزم الاسم لقليله وكثيره.

ووجه القول بمراعاة نصاب القطع إنه لما عدم المقدار من جهة المقر وكان لنا سبيل إلى تقديره وجب تقديره ولا يجب نفيه لنفي المقر ووجدنا المقادير تعلم من ثلاثة أوجه: إما لغة، أو شرعاً، أو عادة وقد انتفت من طريق اللغة والعادة وثبتت من طريق الشرع في مواضع منها نصاب الزكاة، ومنها تقدير

---

(1) الإقرار: في اللغة الإعتراف (الصحاح 790/2)، وفي الاصطلاح: خبر يوجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظه أو لفظ نائبه (حدود ابن عرفة - مع شرح الرصاع ص: 332).

(2) انظر: الكافي: (ص: 457 – 460)، مواهب الجليل: (17/5).

(3) انظر: الأم: (237/3)، مختصر المزني (ص: 113)، الإقناع (ص: 199).

(4) سورة النساء، الآية: 10.

(5) سورة النساء، الآية: 5.

المهور، والقطع فأخذنا بأقل المقادير لأنه المتيقن وأول ما يتناوله الاسم، ووجه اعتبار نصاب الزكاة أن اسم المال لما كان لا يكفي فيه الجنس ووجدنا العادة تمنع إطلاق الاسم على ثلاثة دراهم أو ربع دينار وهي أن تكن[1] فيها تقدير فإنها لا تثبت الاسم إلا في حد من الكثرة فكان أولى المقادير ما اتفق عليه العادة من طريق الجملة والشرع من طريق التفصيل وهو مائتا درهم أو عشرون ديناراً.

فصل[1. إذا أقر بمال عظيم أو كثير]

إذا أقر بمال عظيم أو كثير فمن أصحابنا من قال: هو بمنزلة مال على التحديد ويرجع في تفسيره إليه[2] وهو قول الشافعي[3]، ومنهم من قال: ثلاثة دراهم أو ربع دينار، ومنهم من اعتبر نصاب الزكاة، ويحتمل عندي قولين زائدين على هذا أحدهما: ألف دينار وهو قدر الدية، والآخر ما زاد على نصاب الزكاة.

فوجه القول بأنه لا حد في ذلك أن وصف الشيء بالعِظم لا يفيد حدا؛ لأنه يختلف بإضافته إلى ما دونه وإلى ما فوقه وإذا كان كذلك لم يكن هاهنا طريق بتقديره فوجب الرجوع إلى تفسيره.

ووجه اعتبار نصاب القطع أنه قد ثبت أن وصفه بالعظيم يقتضي صفة زائدة على الاسم لأن قوله[4] عظيم يفيد ثبوت زيادة[5] على ما دونه، ومتى رجعنا في تفسيره إليه ففسره بأقل ما يقع عليه اسم المال مثل حبة وقيراط لم يستحق الاسم لأنه ليس دونه لكون هو أعظم منه.

---

(1) في (ق): أن لم يكن.
(2) انظر: مواهب الجليل: (218/5 - 219).
(3) انظر: الأم: (237/3)، الإقناع (ص: 199).
(4) في (م): قولنا.
(5) في (م): عند زيادة.

فإذا ثبت ذلك وجب تقديره بزيادة عليه وقد ثبت اسم العظم لما يقطع فيه اليد ويستباح به البضع في مواضع منها قوله تعالى: ﴿ وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ﴾[1]، يريد المهر[2]، وقول عائشة – رضي الله عنها– أن رسول الله ﷺ لا يقطع في التافه وكان يقطع في ربع الدينار[3]، فثبت أن هذا ليس بتافه، والتافه هو اليسير الحقير الذي لا قدر له وإذا انتفى هذا الاسم عنه دخل في أول اسم العظم.

ووجه اعتبار نصاب الزكاة أن ذلك إنما ضرب لأنه أقل لما[4] يحتمل المواساة، وما دونه لا يحتمل ذلك لضعفه عنه وإذا كان كذلك فإن تقديره بهذا أولى، والذي ذكرته أقوى في الاحتمال وأولى في التقدير من كل هذا لأنه إذا ثبت أن العظيم يتضمن أن هناك دونه امتنع قول من يعتبره بأنه يرجع إلى ما يقربه، وإن كان[5] حبة أو فلساً لأنه لا شيء في الحقر والدناءة أقل من هذا وذلك ينافي في وصفه بالعظم وهذا واضح الفساد وإذا بطل ذلك وجب التحديد.

ثم رجعنا إلى قول[6] من حده بربع دينار وبعشرين ديناراً فوجدنا من يذهب إلى ذلك إقراره بأن له مالاً مجرداً عن ذكر العظم والكثرة فلم يجزأن يكون الموصوف بالعظم والذي لم يوصف به بقدر (واحد فلم يكون بد من زيادة عليه، فإذا ثبت ذلك وجب أمرين:

---

(1) سورة النساء، الآية: 25.

(2) انظر: تفسير الطبري: (15/5)، والجامع في أحكام القرآن – للقرطبي: (136/5).

(3) أخرج الحديث بهذا اللفظ ابن أبي شيبة: (477/9)، وعبد الرزاق: (235/10)، مرسلاً وابن عدي مسنداً (انظر نصب الراية: 360/3)، أما حديث أنه -ﷺ- كان يقطع في ربع دينار فقد أخرجه البخاري في الحدود، باب: قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ والسَّارِقَةُ﴾: (17/8) ومسلم في الحدود، باب: حد السرقة ونصابها: (1312/3).

(4) في (م): مال.

(5) في (ق): قال.

(6) في (م): قوله.

إما[1] تقدير يوصف بأنه عظيم وكثير وهو الدية، لأنا لا نختلف أنها لا يتقدر بها اسم على الإطلاق فوجب أن يكون مقداراً لما يسمى مالاً عظيماً أو أن يلزمه زيادة على المقدار الذي يلزمه بمجرد قوله له: عليَّ مال وتكون الزيادة مؤثرة بحسب[2] العرف في وصف ذلك المقدار بالعظم[3] ويرجع في تقديره إليه.

فصل[2. إذا أقر بأن عليه دراهم أو دنانير]

إذا قال له: عليَّ دراهم أو دنانير لزمه ثلاثة دراهم أو ثلاثة دنانير وهذا مبني على أصل مالك - رحمه الله – أن أقل الجمع ثلاثة، ودليلنا عليه أن أهل العربية قسموا الأسماء إلى آحاد وتثنية وجمع وجعلوا لكل قسم من ذلك صيغة وعادة موضوعة[4] له تفيد معناه دون غيره: فقالوا: رجل ورجلان ورجال، وإن جاز اتفاق التثنية والجمع في كتابات[5] أخر فغير منكر أن يتجوز بذلك كما يجوز كناية الجمع على الواحد، ويجب على قول من يقول من أصحابنا أن أقل الجمع اثنان يلزمه درهمان وهو قول عبد الملك وابن الماجشون[6].

فصل[3. إذا أقر له بدراهم كثيرة]

ولو قال له دراهم كثيرة: فذكر ابن عبد الحكم لأصحابنا فيها قولين: أحدهما ما زاد على ثلاثة دراهم، والآخر أنه يلزمه تسعة دراهم، وبعض شيوخنا الذين درسنا عليهم يقول يلزمه مائتا درهم[7]، وقال أبو حنيفة تلزمه عشرة دراهم[8]، وقال الشافعي تلزمه ثلاثة دراهم[9].

---

(1) في (ق): بها.
(2) في (م): بسبب.
(3) في (ق): بالعظيم.
(4) في (م): وعاده موصوفة.
(5) في (ق): روايات.
(6) في (م): وهو قول عبد الملك وابن الماجشون أن أقل الجمع اثنان.
(7) انظر: مواهب الجليل: (227/5 - 228).
(8) انظر: مختصر القدوري مع شرح الميداني: (77/2)، تحفة الفقهاء: (197/3).
(9) انظر: مختصر المزني (ص: 112)، الإقناع (ص: 200).

ودليلنا على فساد قول أبي حنيفة والشافعي أن الإقرار يتضمن[1] مالاً بصفة وهي الكثرة فلم يكن بد من اعتبارها، وقد ثبت أنه لو لم يصفه بذلك للزمه هذا القدر، وكذلك لو وصفه بالقلة للزمه أيضاً ثلاثة دراهم..

وبقي[2] في هذا أمران فاسدان: إما أن يفيد وصفه بالقلة والكثرة فائدة واحدة وذلك باطل، أو أن يلغي الصفة ولا يؤخذ بها وذلك أيضاً باطل، فإذا بطل ذلك لم يبق إلا ما قلناه من زيادة على ما يتضمن[3] إقراره بدراهم مجردة عن صفة الكثرة، فإذا تقدر هذا فوجه القول بأنه يلزمه زيادة على الثلاثة دراهم[4] اتفاقنا على أنه لو أقر بدراهم قليلة لكانت ثلاثة، فوجب أن يفيد إقراره بالكثرة زيادة على ما يفيد إقراره بالقلة وليس في الكثرة حد، فيرجع في ذلك إليه.

ووجه القول بأنه تسعة دراهم أن وصفها بالكثرة مبالغة[5] في زيادة المقدار والتباعد عن القلة فوجب أن يضاعف ثلاثة أضعاف: أعني أن يكون مثلها ثلاث مرات لأن الكثرة اسم يجمع الكثير فلما كان اسم الدراهم يفيد في الأصل ثلاثة لكونه أقل الجمع فكذلك الكثيرة قد ما يقع عليه اسم الدراهم ثلاث مرات، ووجه قول شيخنا إنه يلزمه مائتا درهم هو أن من أصله[6] إذا قال عليَّ مال عظيم إنه يلزمه مائتان، وعظيم وكثير واحد فكذلك إذا قال: دراهم عظيمة وكثيرة.

---

(1) في (م): يضمن.
(2) بقي: سقطت من (ق).
(3) في (م): تضمنه.
(4) دراهم: سقطت من (م).
(5) في (ق): في اللغة.
(6) في (ق): أصلية.

فصل[4. إذا أقر له بدراهم لا قليلة ولا كثيرة]

ولو قال: له عليَّ دراهم لا قليلة ولا كثيرة قال محمد بن عبد الحكم: يلزمه أربعة[1]، ووجه ذلك أنه نفى عنها القلة فوجب بذلك زيادتها على الثلاثة التي لو وصفها بالقلة للزمته، وإذا وجب ذلك لزمه زيادة جزء من آحاد ما أقر به فتكون أربعة، وذلك يحتمل وجهاً آخر وهو أنه يلزمه زيادة على الثلاثة ويرجع في ذلك إلى تفسيره على القول بأنه إذا قال له عليَّ دراهم كثيرة لزمه زيادة على الثلاثة ويرجع إلى تفسيره، وكان هذا أولى لأن الغرض خروج الدراهم المقر بها عن اسم القلة.

فصل[5. إذا أقر له بدريهمات أو دنيرات]

إذا قال: له علي دريهمات أو دنيرات فهو بمنزلة دنانير ودراهم؛ لأن التصغير لا يؤثر في المعنى عن أصله.

فصل[6. إذا أقر له بقوله : علي ألف ودرهم]

إذا قال: له علي ألف ودرهم[2] قال شيوخنا: يلزمه الدرهم[3] الذي عليه ويرجع في تفسير الألف إليه، ولم يكن قوله ودرهم تفسيراً للألف، ويقال له سم ألف شئت فأي نوع فسره به لزم بقوله وأخذ به جملة من غير تفصيل، وكذلك لو قال: ألف ودينار أو ثوب أو عبد ودابة وغير ذلك[4].

وقال أبو حنيفة[5]: إن كان المفسر المعطوف به على الألف مما يكال أو يوزن أو يباع عدداً كالدراهم والدنانير والطعام وغير ذلك كان تفسيراً للألف فإن كان مما يباع بعينه لا بمقدار من وزن أو كيل أو عدد كالثياب والعبيد لم

---

(1) انظر: مواهب الجليل – مع حاشية المواق: (229/5).
(2) في (ق): دراهم.
(3) الدرهم: سقطت من (م).
(4) انظر: مواهب الجليل – مع حاشية المواق: (227/5 - 228).
(5) انظر: الطحاوي (ص: 113)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (79/2).

يكن تفسيراً (لها، ودليلنا أن كل ما لزم به حق بنفسه لم يكن تفسيراً)[1] لما تقدمه أصله إذا قال: له عليّ ألف وثوب، ولأن العطف قد يكون عطفاً على الجنس وعلى غير الجنس فلا يقضى بالمحتمل ووجب الرجوع في تفسيره إلى المقر.

فصل[7. إذا أقر بأنه غصب له شيئاً]

إذا قال غصبت له شيئاً أو له عندي شيء: رجع في تفسيره إليه وقُبِل منه ما يقع عليه اسم الشيء، وكذلك إذا أقر بثوب أو عبد حلف على ما يقر به إن أنكره المدعى عليه، وفروع هذا الباب كثيرة[2].

فصل[8. إذا أقر بكذا درهما]

إذا قال له علي كذا درهماً[3]: قال محمد بن عبد الحكم: تلزمه عشرون درهماً، وإن قال كذا وكذا درهماً لزمه أحد عشر درهماً، (فإن قال: كذا وكذا درهماً لزمه أحد وعشرون درهماً) [4]، وقال الشافعي: في قوله كذا وكذا أنه يلزمه درهماً واحداً[5]، وفي قوله: كذا وكذا تلزمه درهمان[6]، ودليلنا أن قوله: كذا وكذا[7] لا يطلق إلا على عدد ولا يراد به درهم واحد هذا ظاهر الاستعمال في عادة اللغة فبطل حمله على درهم واحد[8]، وإذا بطل ذلك فقد علمنا أن الكناية تفسرها بما لو صرح به لصح[9] ولم يمتنع، وأول عدد يصح أن يقال[10] فيه درهماً أحد عشر فحملناه عليه، وإنما حملنا كذا درهما

---

(1) ما بين قوسين: سقطت من (ق).
(2) انظر: مواهب الجليل: (227/5 - 228).
(3) في (م): دراهم.
(4) ما بين قوسين: سقط من (ق).
(5) في (ق): كذا وكذا درهما أنه يلزمه درهم واحد.
(6) انظر: مختصر المزني (ص: 112).
(7) في (م): كذا وكذا.
(8) واحد: سقطت من (ق).
(9) في (ق): أحد.
(10) في (م): يقل.

على عشرين لأنه أول عدد مستقل بنفسه[1] يقال فيه درهماً، وحملنا كذا وكذا على أحد وعشرين؛ لأن ذلك متيقن لكونه أقل ما في باله وما زاد عليه مشكوك فيه.

فصل[9. إذا أقر له ببضعة عشر درهماً]

إذا قال: له عليَّ بضعة عشر درهماً كان له ثلاثة عشر درهماً[2]؛ لأن البضع من الثلاثة إلى التسعة، وقيل في قوله تعالى: ﴿فَلَبِثَ فِي ٱلسِّجۡنِ بِضۡعَ سِنِينَ﴾[3] أنه سبع[4].

فصل[10. إذا قال له عليّ ثوب في منديل أو صندوق]

إذا قال: له عليَّ ثوب في منديل أو في صندوق كان مقراً بالثوب دون الوعاء ولو قال: له عندي عسل في زق[5] لكان مقراً بالعسل والزق، وفرَّق أصحابنا بينهما بأن العسل يفتقر إلى الوعاء؛ لأنه لا يمكن أخذه إلا في وعاء والثوب يمكن أخذه بغير منديل فلم يتضمن الإقرار به إقراراً بظرفه[6].

فصل[11. في صحة الاستثناء من غير الجنس]

يصح الاستثناء من غير الجنس وصورته: أن يقول له عليَّ ألف درهم إلا ثوباً أو عبداً أو دابة فيقال له أذكر قيمة العبد أو الثوب الذي استثناه، ويكون مقراً بما فضل من الألف عن قدر قيمته[7]، وقال أبو حنيفة: يجوز ذلك فيما يكال أو يوزن ولا يجوز فيما لا يكال ولا يوزن[8]، مثلاً[9]: أن

---

(1) في (ق): بجنسه.
(2) انظر: مواهب الجليل – مع حاشية المواق: (229/5).
(3) سورة يوسف، الآية: 42.
(4) انظر: تفسير الطبري: (224/12).
(5) الزق: بالكسر – الضرف، والجمع أزقاق، المصباح المنير (ص: 254).
(6) انظر: مواهب الجليل – مع حاشية المواق: (230/5).
(7) انظر: مواهب الجليل – مع حاشية المواق: (231/5).
(8) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 114)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (79/2).
(9) في (م): مثاله.

يقول له عليَّ ألف درهم إلا كر حنطة فيلزمه، ولو قال ألف إلا دابة لم يصح، وقال زفر: لا يصح استثناء من غير الجنس، ودليلنا على جوازه ورود اللغة به قال الله تعالى: ﴿ فَسَجَدَ ٱلْمَلَٰٓئِكَةُ كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ ﴿٣٠﴾ إِلَّآ إِبْلِيسَ ﴾ [1]، وقال الشاعر[2].

وبلدة ليس بها أنيس ..... إلا اليعافير وإلا العيس

ولا يقال لشيء من هذا أنيس؛ وقال آخر[3]: وما بالربع من أحد إلا الأواري، ودليلنا على أنه لا فرق بين مايكال ويوزن وبين غيره أن أهل اللغة لم يفرقوا بين ذلك ولا اعتبروا هذا الفرق، واعتباراً بما يكال ويوزن.

فصل[12. في الاستثناء الأكثر من الأقل]

استثناء الأكثر من الأقل[4] يجوز خلافاً لعبد الملك وغيره[5]؛ ولأن معنى الاستثناء أن يخرج من الكلام ما لولاه لوجب تناوله له وهذا يصح في الكثير إذا أخرج[6] عن القليل كصحته في القليل إذا خرج[7] من الكثير، وليس فيه إلا أن استعمالهم له يقل أو يستقبح وذلك لا يمنع تعلق الأحكام به، ولأنه لو قال بعتك هذه الدار إلا خمسة أسداسها لصح ولكان بيعاً للسدس، وكل استثناء صح في البيع صح في الإقرار كالقليل[8].

---

(1) سورة الحجر، الآية: 30.
(2) الرجز لجران العود، وهو من الشواهد النحوية (انظر معجم الشواهد النحوية ص: 481)، واليعافير: تيوس الظباء (الصحاح: 752/2) والعيس: أبل بيض في بياضها ظلمة خفية، والواحدة عيساء، الصحاح: (954/3).
(3) هو النابغة الذيباني (انظر ديوانه ص: 302) والأواري: حرارة النار والشمس، وحرارة العطش أيضاً (الصحاح 583/2).
(4) مراده مع بقاء الأقل من المستثنى منه.
(5) انظر: مواهب الجليل – مع حاشية المواق: (230/5-231).
(6) في (ق): خرج.
(7) في (ق): خرج.
(8) في (م): كالكثير.

فصل[13. إذا قال: لزيد عليَّ مائة درهم ثم قال: بعد ذلك لزيد عليَّ مائة درهم]

إذا قال: لزيد عليَّ مائة درهم ثم قال: بعد ذلك لزيد عليَّ مائة درهم فإنهما مائة واحدة كان في ذلك المجلس أو في مجلس آخر[1]، خلافاً لأبي حنيفة في قوله إنه إن كان في مجلس آخر لزمه مائتان[2]، لأنه أعاد الإقرار على لفظة ومعناه فلم يلزمه بمجرد الثاني حق أصله إذا كان ذلك في المجلس.

فصل[14. إذا قال: لفلان عليَّ ألف درهم وفلان أو فلان]

إذا قال: لفلان عليَّ ألف درهم وفلان[3] أو فلان فنصف ألف للمقر له أولاً والنصف الباقي بين المشكوك فيهما[4]، وذلك أن الأول غير مشكوك فيه وإنما الشك فيمن يحصل شريكاً له في الإقرار، والشك لا يقدح في الإقرار الأول، وإنما يقدح في الاثنين الآخرين فيكون بينهما.

فصل[15. إذا قال: لفلان عليَّ ألف درهم وإلا فعبدي حر]

إذا قال: لفلان عليَّ[5] ألف درهم وإلا فعبدي حر لزمه الألف؛ لأن قوله وإلا فعبدي حر حلف على تقرير الإقرار.

فصل[16. إذا قال: له عليَّ دينار ولم يبين]

إذا قال: له عليَّ دينار ولم يقل جيداً ولا ردياً ولا وازناً ولا ناقصاً ومات حكم عليه بدينار جيد وازن بنقد ذلك البلد[6]؛ لأن إطلاق الكلام محمول على التعارف كالبيع والشراء والإجارة، وإن كان نقد البلد مختلفاً فاختلف أصحابنا قال محمد بن عبد الحكم: يلزمه دينار من أي نقد البلد مختلفاً

---

(1) انظر: مواهب الجليل – مع حاشية المواق: (229/5).
(2) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 113).
(3) وفلان: سقطت من (ق).
(4) انظر: مواهب الجليل – مع حاشية المواق: (230/5-231).
(5) في (م): عندي.
(6) انظر: مواهب الجليل – مع حاشية المواق: (229/5)، وقد نقل المواق في حاشيته كلام القاضي عبد الوهاب- هذا في المعونة.

ويحلف إن طلب ذلك المقر له، وقال شيخنا أبو بكر الأبهري[1]: يحتمل هذا والأجود أن يلزم الورثة أوسط النقود.

فصل[17. الإقرار للأجانب الذين لا يتهم لهم]

الإقرار للأجانب الذين لا يتهم لهم في الصحة والمرض سواء يتحاصون بينهم على قدر حقوقهم لا يقدم من أقر له في الصحة على من أقر له في المرض[2]، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يبدأ غرماء الصحة على غرماء المرض فيوفون ديونهم فإن فضل كان للغرماء المقر لهم في المرض[3]، لأن المقر ممن لا يتهم المقر في إقراره فأشبه إذا أقر له في الصحة، واعتباراً أنه إذا قامت له البيِّنة.

فصل[18. إذا أقر في مرضه المخوف لوارث]

إذا أقر في مرضه المخوف لوارث نظر: فإن كان ممن يتهم في إقراره له لم يقبل إقراره، وإن كان ممن لا يتهم في إقراره له قبل[4]، مثل أن يترك ابنا وابنة وزوجة ومولى أو بعض العصبة الأباعد فيقر له بدين[5] فهذا يبعد أن يتهم له في العادة فيقبل (إقراره، وقال أبو حنيفة لا يقبل إقراره لوارث جملة[6] وقال: الشافعي يقبل) [7] على كل وجه[8].

فدليلنا على أبي حنيفة أن منع إقراره للوارث للتهمة بالإزواء[9] ولمحبة صرف ماله إلى الأقرب إليه ومن يعلم محبته له من ورثته فإن انتفى هذا المعنى

---

(1) الأبهري: سقطت من (ق).
(2) انظر: الكافي: ص: 457، مواهب الجليل – مع حاشية المواق: (219/5).
(3) انظر: مختصر الطحاوي ص: 116، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (84/2-85)، تحفة الفقهاء: (201/3-202).
(4) انظر: الكافي: (ص: 457)، مواهب الجليل – مع حاشية المواق: (218/5-219).
(5) في (م): بابن.
(6) انظر: مختصر القدوري مع شرح الميداني: (85/2)، تحفة الفقهاء: (202/3).
(7) ما بين قوسين: سقط من (م).
(8) انظر: مختصر المزني: (ص: 111)
(9) الإزواء: وهو الجمع والضم، وقيل من الزوغ (لسان العرب: 86/1).

وجب قبوله، ودليلنا على الشافعي أنه لما كان متهماً في إقراره له بالدين ليزوي عنه من الورثة وجب رد إقراره له وإلا كان في ذلك ذريعة إلى تمكينه في الإزواء، ومن الوصي للوارث وإذا كان كذلك وجب منعه.

فصل[19. إقراره للصديق الملاطف]

وفي إقراره للصديق[1] الملاطف روايتان[2]: إحداهما رده، والأخرى قبوله ويكون في الثلث، فوجه الرد أنه متهم في إقراره فيه أن يكون أراد إزواء المسلمين أو الأباعد من عصبته والوصية له بزيادة على الثلث فجعله إقرار له فيجب رده، ووجه القبول أن أكثر ما في ذلك أن يكون هبة ووصية فالذي يخشى منه أن يكون من رأس المال، فإذا أحسمنا هذا الباب فجعلناه من الثلث جاز.

فصل[20. فيمن ترك ابنين فأقر أحدهما بثالث]

إذا ترك ابنين فأقر أحدهما بثالث: فإن النسب لا يثبت؛ لأنه مقر على غيره ويعطيه عندنا ثلث ما في يديه[3] وهو قدر ما يخصه من الميراث على هذا المقر لو أقر به الأخ الآخر، وعلى هذا الحساب يثبت[4] الإقرار من بعض الورثة لوارث.

فصل[21. في الرد على قول الشافعي أنه لا يعطي شيئاً]

وقال (الشافعي: لا يعطي شيئاً[5]، وقال أبو حنيفة: يعطيه نصف ما في يديه[6] فدليلنا على)[7] الشافعي أن إقراره يتضمن شيئين: أحدهما على

---

(1) في (ق): للمدين.
(2) انظر: الكافى: (ص: 458)، مواهب الجليل – مع حاشية المواق: (219/5 - 220).
(3) انظر: المراجع السابقة.
(4) في (م): يترتب.
(5) انظر: مختصر المزني: (ص: 112)
(6) انظر: مختصر القدوري مع شرح الميداني: (86/2-87)، تحفة الفقهاء: (203/3).
(7) ما بين قوسين: سقط من (م).

نفسه والآخر على غيره فالذي على نفسه استحقاق المقر له ما في يده من المال زيادة على قدر ميراثه، والذي على غيره كون المقر به ابناً فقُبل إقراره على نفسه ولم يقبل على غيره، ولأن الميراث يستحق بنسب وبسبب ثم أنه لو قال هذه المرأة زوجة أبي ومات عنها وهي زوجته لا أعلمها ماتت منه فأنكر ذلك الابن الآخر فإنه يؤخذ منه قدر نصيبها[1] من الميراث مما في يده ولا تثبت الزوجية[2]، وكذلك في اعترافه بالنسب[3].

فصل[22. في الرد على قول أبي حنيفة أن يعطيه قدر ما تضمنه إقراره]

ودليلنا على أبي حنيفة أن الواجب أن يعطيه قدر ما تضمنه إقراره وذلك هو قدر ما حصل في يده من الزيادة على ميراثه لأن تمام الميراث في يد الابن الآخر فلم يلزم المقر دفع ما ظلم الجاحد للمقر له[4].

فصل[23. لو ترك ابناً واحداً ثم أقر لرجل بأنه أخوه ابن أبيه]

ولو ترك ابناً واحداً لا وارث له غيره فأقر لرجل بأنه أخوه: ابن أبيه لأعطاه[5] نصف ما في يده ولم يثبت نسب[6] (المقر له، خلافاً للشافعي في قوله إنه يثبت نسبه[7])[8]، لأنه إقرار في حق غيره فلم يقبل كما لو كانا اثنين فأقر أحدهما وجحد الآخر، ولأن إقراره ليس بأكثر من شهادته وشهادة الواحد غير مقبولة فإقراره على الغير أولى، ويفارق الجماعة لأن شهادتهم تقبل في حق الغير.

---

(1) في (ق): نصيب.
(2) في (ق): الزوجية.
(3) في (م): بالسبب.
(4) في (م): المقر.
(5) في (م): أعطاه.
(6) انظر: مواهب الجليل – مع حاشية المواق: (220/5).
(7) انظر: مختصر المزني: (ص: 114- 115).
(8) ما بين قوسين: سقط من (م).

فصل[24. إذا قال لك وأنا غير بالغ]

إذا قال: أقررت لي بمائة دينار وأنت بالغ، فقال: بل أقررت بها لك وأنا غير بالغ: قال محمد بن عبد الحكم: القول قول المقر مع يمينه، وأظن غيره من أصحابنا من يقول القول قول المدعي[1]:

فوجه الأول أن المدعي [يدعي] [2] إلحاق دين بذمة المقر والمقر ينفي ذلك فلا يقبل منه إلا ببينة، ووجه الثاني أن الإقرار متفق على حصوله إلا أن المقر يزعم أنه لا حكم له فلا يقبل منه إلا أن تقوم له بينة بما يدعيه، وكذلك لو كان مجنوناً فبرئ فاختلفا في الإقرار[3]، فأما لو ادعى أنه كان[4] مجنوناً وقال أقررت لك في حال الجنون ولم يعلم أنه كان مجنوناً والمدعي يزعم أن الإقرار وقع في الصحة فلأصحابنا فيها مذهبان:

أحدهما: أن القول قول المقر مع يمينه[5] ووجه هذا اعتباره به إذا قال: أقررت لك وأنا صبي لأنه أضاف الإقرار إلى حال لا يتعلق بها حكم..

والآخر أن القول قول المدعي، والفرق على هذا بينه وبين الصبي أن الصبي معلوم حصوله والمدعي زعم بعد زواله فيحتاج إلى بينة، وليس كذلك الجنون لأنه لم يثبت ما يدعيه المقر منه فلم تقبل إضافته الإقرار إلى حال لا يعلم أنه كان عليها، ومثل ذلك لو قال: قذفتني وأنت بالغ، فقال: قذفتك وأنا صبى الحكم فيه واحد..

(1) انظر: مواهب الجليل – مع حاشية المواق: (5/226-227).
(2) ما بين معقوقتين مطموس في (ق) و(م)
(3) في (ق): المقدار.
(4) في (ق): لأنه.
(5) في (ق): ببينة.

ولو أقر وهو بالغ عاقل أنه كان استهلك له مائة دينار حال صغره أو جنونه غرم له لأن هذه أحوال يثبت معها حكم لزوم المال بالاستهلاك بدليل أن البيِّنة لو قامت بذلك للزمه فكذلك إقراره يلزمه به ما يلزمه بالبيِّنة.

فصل[25. إذا قال له أقررت لك في حال لست أدري حال صغر أو بلوغ أو عقل أو جنون]

ولو ادعى عليه[1] أنه أقر له بمائة دينار وهو بالغ عاقل: فقال: أقررت لك في حال لست أدري هل كانت حال صعر أو بلوغ أو عقل أو جنون[2] فقال محمد بن عبد الحكم: لا يلزمه بذلك شيء لأنه لم يقر على نفسه بما يلزمه بشيء، وفيها نظر، ويشبه أن يلزمه على قول من ذكرناه من أصحابنا لأن هذا ليس بجواب فيلزم أبداً إلى أن يقر، وهو كمن قيل له أقررت لي بألف وأنت بالغ، فقال: لا أدري هل تستحق عليّ هذه الألف أم لا[3] أنه لا يترك وما يدعيه.

فصل[26. إذا أتى بالإقرار على وجه الشكر والتحدث به لا على وجه الإقرار]

إذا أتى بالإقرار على غير وجه الإقرار بل على وجه الشكر والتحدث به، مثل أن يجري ذكر إنسان قد مات فوصف بأنه كان يسعف من يسأله ويقرضه فيقول: رحم الله فلاناً لقد سألته مرة أن يقرضني شيئاً وانأ مضيق أو مفلس فأجاب مسألتي فيقوم ورثة ذلك الإنسان فيطالبون هذا المقر ففيه روايتان[4]: إحداهما أن ذلك إقرار، والأخرى أنه ليس بإقرار ولا يلزم به شيء.

---

(1) عليه: سقطت من (ق).
(2) انظر: مواهب الجليل – مع حاشية المواق: (5/226-227).
(3) أم لا سقطت: من (م).
(4) انظر: مواهب الجليل – مع حاشية المواق: (5/227).

فوجه الأول أنه معترف بأن الرجل دفع إليه المال على وجه القرض ومدع للبراءة منه فلا يقبل منه إلا ببينة أصله الإقرار المبتدأ عند دعوى الخصم، ووجه الثانية أنه لم يورده على وجه الإقرار وإنما أورده على وجه الشكر أو لغير ذلك، ولفظ الإقرار مفتقر في كونه[1] إقراراً إلى القصد لذلك، وهذه الرواية أحسن وأوقع في مقتضى العادة والأول أقيس.

فصل[27.التفريق بين الإقرار بأن هذا سرج دابة فلان وبين أن هذا باب داره]

فرَّق محمد بن عبد الحكم بين أن يقر بأن هذا سرج دابة فلان أو لجام دابته وبين أن يقر بأن هذا باب داره فزعم في السرج واللجام أنه لا يكون إقرار بأنه يكون لفلان، وفي هذا الباب يكون إقرار به لصاحب الدار[2] قال:لأن الباب من الدار فإذا ثبت أن الدار لفلان فما كان منها فقد تضمنه هذا الإقرار، وليس كذلك السرج واللجام؛ لأنه ليس بجزء من الدابة بل هو غيرها فكأنه قال: هذا السرج به دابة فلان وهذا اللجام يلجم به دابته، وفي موضع آخر سوَّى بينهما إما قولاً له آخر حكاه عن غيره، ووجه ذلك أنه أضاف ما أقرَّ به إلى ملك المقر له فيضمن الإقرار له كباب الدار.

(1) في كونه: سقطت من (م).
(2) انظر: مواهب الجليل – مع حاشية المواق: (230/5).

كتاب اللقطة[1]

الأصل في اللقطة[2] قوله ﷺ لمن سأله عنه: "اعرف عفاصها ووكاءها[3] ثم عرِّفها سنة فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها"[4]، والشيء الملتقط على ضربين:

منها ما له خطر وبال يمكن تعريفه فينبغي لملتقطه أن يأخذه ويعتقد بأخذه حفظهُ على صاحبه، وإنما استحببنا له ذلك لأن الإنسان مندوب إلى فعل الخير والبر وهذا منه؛ ولأنها قد تحصل مع من ربما لا يؤدي الأمانة فيها فيتلف على صاحبها ويأثم آخذها، فإذا علم ملتقطها من نفسه حفظها كان مندوباً إلى ذلك..

والضرب الآخر ما لا خطر له ولا بال ولا يمكن تعريفه كالكسر من الدرهم والشيء من المأكول وما أشبه ذلك وهذا لا فائدة في أخذه فإن أخذه جاز.

فصل[1. في جملة أحكام اللقطة]

تُعرَّف اللقطة سنة عند الموضع الذي أصابها فيه وفي أقرب المواضع إليه وعند مجتمع الناس بالقرب من ذلك الموضع، فإن جاء من يدّعيها بعلامتها من العفاص والوكاء أو بزيادة على ذلك من ذكر ما فيها من ورق أو ذهب أو وزنه وما يغلب معه على الظن صدقه في دعواه دفعت إليه بغير بيِّنة..

---

(1) اللقطة: في اللغة: أخذ الشيء من الأرض (معجم مقاييس اللغة: 262/5)، وفي الاصطلاح: مال وجد بغير حرز محترماً ليس حيواناً ناطقاً ولا نعماً (حدود ابن عرفة ص: 429).

(2) انظر: المدونة: (265/4)، التفريع: (272/2)، الرسالة: (ص:231)، الكافي: (ص:425).

(3) العفاص: هو الوعاء الذي تكون فيه النفقة من جلد ونحوه، والوكاء الخيط الذي يشد به العفاص (النهاية في غريب الحديث: (263/3، 222/5).

(4) أخرجه البخاري في اللقطة، باب: ضالة الإبل: (92/3)، ومسلم في اللقطة: (1346/3).

وإن مضت السنة ولم يأت لها طالب فهو بالخيار بين أن يتركها وتكون في يده أمانة لا شيء في تلفها وبين أن يتصدق بها بشرط الضمان، فإن جاء صاحبها فأجاز التصدق بها وإلا غرمها له، وبين أن يتملكها فتكون ديناً في ذمته يدفعها إلى صاحبها ويكره[1] له تملكها، وإذا ردَّ اللقطة إلى موضعها بعد أخذها فإن كان أخذها بنية الالتقاط وحفظها على صاحبها ضمنها إن ردّها، فإن لم يأخذها بنية الالتقاط بل ليتبينها متروياً بين أخذها وتركها فلا ضمان عليه.

وضالة الإبل لا ينبغي لواجدها أن يتعرض لها وليتركها، فأما ضالة الغنم فإن وجدها في مدينة فهي كسائر اللقطة، وإن وجدها في صحراء: فإن كان بقرب موضعها قرية أو موضع يضمنها إليه فعل ذلك ، وإن كان مفازة ولا قرية بقربها ولا موضع يحفظ فيه ويخاف عليها إن تركت الذئب فإن شاء تركها، وإن شاء أكلها ولا ضمان عليه في ظاهر الروايتين..

ومن وجد طعاماً يفسد بتركه فإن شاء تصدق به أو أكله وضمنه إن كان في العمران ولا يضرب له أجل[2].

فصل[2.في دليل تعريف اللقطة سنة]

وإنما قلنا: إنها تعرف سنة لقوله ﷺ: للذي سأله عن اللقطة: "اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة"[3]، ولأنه لما احتيج في تعريفها إلى أمد ومهلة ليعثر على مالكها وأمكن أن يكون صاحبها حاضراً لها[4] أو غائباً أو ممن يتعذر عليه الحضور إلا بعد مدة وجب أن يزاد في المهلة وأن يوسع في

(1) في (ق): واكره.
(2) في جملة هذه الأحكام انظر: الموطأ: (2/757-758)، المدونة: (4/365 - 367)، التفريع: (2/272 - 274)، الرسالة: (ص: 231 – 232).
(3) سبق تخريج الحديث قريباً.
(4) لها: سقطت من (م).

المدة ليحصل الغرض الملتمس، وإذا ثبت ذلك ولم يكن بعض المدة بأولى من بعض كانت السنة أولى ما ضربت حد لأنها قد جعلت حداً في غير موضع مما يختبر حاله مثل العنة، وعهدة الأدواء الثلاثة، ووجوب الزكاة، وغير ذلك.

وإنما قلنا: إنه يعرفها في المواضع التي ذكرناها لأن الغرض بالتعريف في التوصل إلى علم صاحبها بموضعها كما يجب أن يكون ذلك في المواضع التي يغلب على الظن الوصول إلى ذلك معها، وفي حديث عمر بن الخطاب[1] - رضي الله عنه - أنه قال: لمن ذكر له أنه وجد بطريق الشام صرة فيها ثمانون ديناراً: عرِّفها على أبواب المساجد واذكرها لمن يقدم من الشام[2].

فصل [3. في دفع اللقطة لمن عرف عفاصها ووكاءها]

وإنما قلنا: إنها تدفع لمن يعرف عفاصها ووكاءها ولا يكلف على ذلك ببيِّنة[3]، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[4] لقوله ﷺ: "أعرف عفاصها ووكاءها ثم عرِّفها سنة، فإن جاء صاحبها فعرف عفاصها ووكاءها فادفعها إليه[5]، وروي "باغيها"[6]، وروي "فإن جاء أحد يخبرك بعدتها"[7]، ففي هذا دليلان: أحدهما أمره - ﷺ - بدفعها إلى مدعيها يدفعها إلى من عرف العفاص والوكاء من غير مطالبة ببينة.. والآخر قوله: "أعلم عفاصها ووكاءها" ولا فائدة في ذلك إلا دفعها إلى من عرف ذلك منها لأن الضرورة قد[8] تدعو إلى ذلك، وإلا أدى إلى أن لا يصل أحد إلى ما يضيع من ماله

(1) ابن الخطاب: سقطت من (م).
(2) أخرجه مالك في الموطأ: (758/2).
(3) في (م): إقامة بينة.
(4) انظر: مختصر الطحاوى (ص: 139)، الإقناع: (ص: 121).
(5) سبق تخريج الحديث قريباً.
(6) لفظ: "باغيها" أخرجه أبو داود في كتاب اللقطة، باب: تعريف اللقطة: (329/2)
(7) أخرجه أبو داود في اللقطة، باب: تعريف اللقطة: (30/2)، بلفظ "فعرف عددها ووكائها فادفعها إليه".
(8) قد: سقطت من (م).

لأنه لا يمكنه الإشهاد على ضياعه، والبينات مترتبة في الأصول على حسب الأشياء المشهود فيها، فيجوز في الضرورة ما لا يجوز في غيرها.

فصل[4. في كونه مخيراً أبعد مضى السنة بين تملكها والتصدق بها أو تركها]

وإنما قلنا: إن السنة إذا مضت ولم يأت لها طالب: كان ملتقطها مخيراً بين تملكها والتصدق بها أو تركها لقوله ﷺ: "فإن لم يجيء[1] صاحبها فشأنك بها"[2] وهذا لفظ إباحة وإطلاق، فإن شاء تصدق بها؛ لأنه[3] ليس عليه حفظها بعد السنة لما في ذلك من المشقة والكلفة، ويكون عليه الضمان لأنه فعل ذلك على وجه التخفيف عن نفسه يتكلف حفظها وليس له أن يتلف مال غيره بغير إذنه إلا بشرط الضمان للضرورة الداعية إليه، وإن[4] شاء تركها أمانة في يده كالوديعة لا شيء عليه في تلفها لأنه قبضها لمنفعة ربها خالصاً لا نفع له فيها فكان تلفها من ربها، وإن شاء استسلفها فكانت دينا في ذمته لأن الذمة قد تكون أحرز لها من اليد، ويكره ذلك عندنا لجواز أن يعسر عند مجئ صاحبها فيتعذر عليه ردها.

وإنما قلنا: ردها إلى موضعها بعد أخذها إلى ما ذكرناه؛ لأنه إذا أخذها بنية حفظها فقد تعلق حفظها عليه ولزمه ذلك، فردها بعد أخذها تعد إضاعة لما قد لزمه حفظه وذلك غير جائز، وإذا أخذها لا على هذا الوجه لم يتعلق عليه حفظها ولا لزمه إمساكها فلم يتعد بردها.

وإنما قلنا: إن ضالة الإبل لا يأخذها واجدها لقوله ﷺ: جواباً لمن سأله عنها: "مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى

(1) في (ق): فإن جاء.
(2) سبق تخريج الحديث.
(3) في: بأنه.
(4) في (م): ومن.

يلقاها ربها"[1]، وقال عمر -رضي الله عنه- لثابت بن الضحاك[2]، ووجد بعيراً فعرفه ثم قال: قد شغلني عن ضيعتي فقال عمر: أرسله حيث وجدته[3]..

وإنما قلنا: إنه في ضالة الغنم أنه يأخذها لقوله ﷺ: "هي لك أو لأخيك أو للذئب"[4]، والفرق بينها وبين ضالة الإبل أن الإبل تحفظ نفسها من الوحش إن أرادها وتعيش بنفسها وتقدر على الشرب من الغدر[5] والأكل من الشجر فيبعد خوف الهلاك عليها وربما يجيء صاحبها فيجدها، وليس كذلك ضالة الغنم لأنها لا تعيش بنفسها ولا تقدر[6] على الشرب من الغدر ولا تمتنع[7] من الوحش والحيوان المفترس وكان الغالب هلاكها حتى لم تؤخذ..

وإنما قلنا: إنه إذا وجدها إلى جنب قرية أو موضع يمكن ضمها إليه لم يجز له أخذها[8] لأنه يصل إلى حفظها على صاحبها من غير مشقة عليه فلم يجز إتلافها ولها قيمة في الموضع الذي وجدها به[9].

وإنما قلنا: إنه إن وجدها في فلاة لا قرية بقربها فله أن يأكلها ولا غرم عليه لربها خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[10]، لقوله ﷺ: "هي لك أو لأخيك أو للذئب"[11]، وفي حديث آخر: "خذها هي لك أو لأخيك أو

---

(1) سبق تخريج الحديث.
(2) الثابت بن الضحاك: بن خليفة الأشهلي صحابي مشهور، روى عنه أبو قلابة، مات سنة خمس وأربعين قاله الفالس والصواب سنة أربع وستين (تقريب التهذيب ص: 132).
(3) أخرجه مالك في الموطأ: (759/2).
(4) سبق تخريج الحديث.
(5) الغدر: النهر (المصباح المنير ص: 443).
(6) في (ق): لا تفتقر.
(7) في (ق): ولا تبلغ.
(8) في (ق): أكلها.
(9) في (ق): لا يقدر.
(10) انظر: مختصر الطحاوى (ص: 140)، مختصر المزني: (ص: 136).
(11) سبق تخريج الحديث.

للذئب"[1] وهذا تنبيه على أنها في حكم المتلف، ولا قيمة في إتلافه، ولأنه أضافها إلى واجدها كإضافتها إلى أنها للذئب فدلَّ على أن إتلافها لا يستحق[2] به غرم، ولأن ما هذا سبيله لا قيمة له في موضعه ولا يمكن تعريفه فلا يخلو أن يمنع أخذها وذلك خلاف الاجتماع، وأن يلزم حفظها وسوقها إلى العمران وفي ذلك مشقة وكلفة مسقطتان عنه، أو أن يباح أكلها بشرط الضمان: فما هذا سبيله إنما يكون بعد التعريف إذا كان مما يبقى فلم يبق إلا ما نقوله من إباحة الأكل بغير ضمان له.

وإنما قلنا: في الطعام الذي لا يبطل إنه لا يعرف بأجل لأن تبقيته إلى الأجل إتلاف له على مالكه وواجده، وقلنا: إن له أن يأكله؛ لأنه إن لم يفعل ذلك تلف ويضمنه؛ لأنه منتفع بملك غيره إلا أن يكون مما لا قيمة له والله أعلم[3].

❧ ❧ ❧

---

(1) أخرجه البخاري في اللقطة، باب: ضالة الإبل: (92/3)، ومسلم في اللقطة: (1346/3)

(2) في (م): لا يتعلق.

(3) في (م): والله الموفق.

كتاب الشفعة[1]

لا خلاف في وجوب الشفعة للشريك المخالط[2]، والأصل فيها قوله ﷺ: "الشفعة فيما لم يقسم"[3]، وروي: "الشفعة في كل شرك[4]"[5].

فصل[1. في عدم الشفعة للجار]

ولا شفعة لجار[6] خلافاً لأبي حنيفة[7]، لقوله ﷺ: "الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة"[8] ففيه أدلة: أحدها أنه أخبر عن جملة محلها وهو غير المقسوم فلم يبق شفعة في غيره، والثانية دليل الخطاب، والثالثة نصه على أن القسمة إذا وقعت انتهت الشفعة، ولأنه ملك محوز[9] كالجار المقابل.

فصل[2. فيما تستحق فيه الشفعة]

الشفعة مستحقة في العقار من الدور والحوانيت والبساتين دون العروض والحيوان والرقيق[10]، خلافاً لمن يحكى عنه وجوبها في كل ذلك إن صح[11].

---

(1) الشفعة: في اللغة: مشتقة من الشفع وهو الزوج، لأنه ضم جزءاً إلى جزء فيصير به شفعاً (غرر المقال ص: 227)، وفي الاصطلاح: هي استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه (حدود ابن عرفة ص: 356).

(2) انظر: الإجماع لابن المنذر: (121)، المغني: (307/5)، فتح الباري (34/4).

(3) أخرجه البخاري في الشفعة باب: الشفعة فيما لم يقسم إذا وقعت الحدود فلا شفعة (46/3).

(4) في (ق): شركة.

(5) أخرجه مسلم في المساقاة، باب: الشفعة: (1229/3)

(6) انظر: الرسالة: (ص: 227)، الكافي: (ص: 436)، المقدمات: (61/3).

(7) انظر: مختصر القدوري مع شرح الميداني: (107/2)، تحفة الفقهاء: (49/3).

(8) سبق تخريج الحديث قريباً.

(9) في (م): يجوز.

(10) انظر: الموطأ: (713/2-717)، المدونة: (207/4)، التفريع: (299/2)، الرسالة: (ص 228)، الكافي: (ص 436).

(11) يحكى ذلك عند بعض أهل مكة، وقال ابن حزم الشفعة في كل شيء مما ينقسم ومما لا ينقسم من أرض أو عبد أو ثوب... المقدمات: (64/3)، المحلى: (3/10).

والأصل فيه قوله ﷺ: "الشفعة فيما لم يقسم"[1]، وروي "فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة"[2]، وهذا إخبار عن محل الشفعة وهو مستغرق له، ولأنه مما ينقل ويحول كالذهب والفضة، والفرق بين العروض والحيوان وبين الأرضين وجود الضرر[3] في الشركة في الأرض على وجه الدوام؛ ولأن التخلص منه لا يمكن إلا بضرر يلحق الشريك، وسائر العروض بخلاف ذلك.

فصل[3. الشفعة في الثمار]

وعنه في وجوب الشفعة في الثمار إذا كان الأصل بأيديهم ملكاً أو حبساً أو مساقاة أو مبتدأ[4] الشراء روايتان [5]: إحداهما ثبوتها، والأخرى نفيها وهو قول المغيرة وعبد الملك، فوجه إثباتها أنها معلقة من غير صنع آدمي بأصل تجب فيه الشفعة يخاف منه سوء المشاركة فأشبه الفحل والبئر، ووجه نفيها قوله ﷺ: "فإذا وقعت الحدود فلا شفعة"[6] فعلقها بما يقسم من الأراضي؛ ولأن الشفعة فيما يدوم فيه الضرر وذلك معدوم في الثمار فكانت كالعروض.

فصل[4. لا شفعة فيما لا يمكن قسمته أو فيما قسمته ضرر]

لا شفعة في طريق ولا عرصة قسمت بيوتها وبقيت مرتفقاً لأهلها[7]؛ لأن ذلك تبع لأصل لا شفعة فيه وهو البيوت المقسومة.

---

(1) سبق تخريج الحديث.
(2) سبق تخريج الحديث.
(3) في (ق): الغرر.
(4) في (م): متبع.
(5) انظر: المدونة: (207/4)، التفريع: (299/2)، الكافي: (ص: 437).
(6) سبق تخريج الحديث.
(7) انظر: المدونة: (207/4)، التفريع: (299/2)، الكافي: (ص: 437).

ولا شفعة في البئر والفحل، وإن كانت الأرض التي فيها مشاعة ففيهما الشفعة؛ لأن في أصلها الشفعة فهما تبع لها، وإن كانت الأرض مقسومة فلا شفعة في البئر والفحل لأن أعيانها لا شفعة فيها إذا لا يصح قسمهما ولا هي متصلة بأصل تجب الشفعة فيه فتكون ثابتة له.

فصل[5. في عدم الشفعة في ممر أرض أو مسيل ماء أو طريق إلى علو]

من له ممر في أرض قوم أو مسيل ماء أو طريق إلى علو له فلا شفعة له فيما بيع من الدار والأرض[1]؛ لأنه ليس بشريك فيها، وإنما له حق متعلق على الملك دون أن يكون له حق في نفس الملك، وكذلك الدار علوها لرجل وأسفلها[2] لآخر فلا شفعة لأحدهما فيما باع الآخر؛ لأن أملاكهما متميزة والشركة منتفية[3].

فصل[6. في كون الشفعة بين الشركاء على قدر الحصص]

والشفعة بين الشركاء على قدر الحصص[4]، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إنه على عدد الرؤوس[5]؛ لأن الشفعة معنى مستفاد بالملك فوجب أن يكون معتبراً بعدد الأملاك لا بعدد الملاك[6]، أصله غلة الدار وكسب العبد، ولأن مرافق الأموال تتوزع على حسب مقادير أملاك الشركاء في القلة والكثرة. كالربح في التجارة؛ ولأن الشفعة مستحقة لإزالة الضرر المتأبد لولاها ولا يمكن إزالته بحق واجب وهو أن يطالب المشتري الشريك بالقسمة فيلزمه ذلك فيدخل عليه الضرر من عدة وجوه: من نقصان قيمة نصيبه إذا قسم، ولزوم أجرة القسام، واستحداث مرافق أخر، وزيادة مؤنة، ووجدنا هذا

---

(1) انظر: المدونة: (207/4)، التفريع: (299/2)، الكافي: (ص: 437).
(2) في (ق): سفلاها.
(3) في (م): منبته.
(4) انظر: المدونة: (207/4)، التفريع: (299/2)، الكافي: (ص: 439).
(5) انظر: مختصر الطحاوى (ص: 121)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (116/2).
(6) في (ق): بقدر أملاك لا بقدر الملاك.

الضرر يدخل عليه على حسب ملك الملاك لا على عدد رؤوسهم، فإذا كانت الشفعة مستحقة لهذا وجب أن يستحق بقدر الملك لأن هذا الضرر إذا وجد يسقط حسب الملك وكذلك إذا رفع.

فصل[7. الشفعة بين أهل الميراث]

الشفعة بين أهل الميراث على قدر رؤوسهم، ومن باع أصل سهم منهم فشركاؤه في ذلك السهم أحق بالشفعة[1] من باقي الورثة، فإن باع جميع أصل سهم سهمهم الذي ورثوه فالشفعة لبقية أهل الميراث دون الشركاء الأجانب، ولو كان أهل السهام عصبة فباع بعض العصبة حق فالشفعة لبقية العصبة ولأهل السهام جميعاً، ولو باع بعض أهل سهم حقه كانت الشفعة لأهل السهم دون العصبة[2].

مثال جملة المسألة: أن يترك الميت جدتين وأختين لأم وإخوة لأب، وله ستة أسهم من اثني عشر سهماً من دار أو دكان، فأرادت إحدى الجدتين بيع حقها من السدس فالجدة الأخرى أحق بالشفعة من الشركاء، فإن باعت الجدتان جميعاً فالشفعة لباقي الورثة، وإن باعت إحدى الأختين للأم حصتها فالأخت أحق بالشفعة من الإخوة لأب، فإن باع بعض الإخوة للأب حصتهم فالشفعة بين بقية الإخوة للأب وبين باقي أهل الميراث، فإن كان جميع من ورث الميت عصبة شافعوا بينهم دون الشركاء الأجانب.

فصل[8. في كون أهل السهم الواحد أحق بالشفعة من بقية الشركاء]

وإنما قلنا: إن أهل[3] السهم الواحد أحق بالشفعة من بقية الشركاء[4]، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[5]؛ لقوله ﷺ: "الشفعة في كل

(1) في (ق): بالشركة.
(2) انظر: المدونة: (206/4)، التفريع: (299/2 - 300)، الكافي: (ص: 439).
(3) أهل: سقطت من (م).
(4) انظر: المدونة: (206/4)، التفريع: (299/2)، الكافي: (ص: 439).
(5) انظر: مختصر الطحاوي (ص: 121)، الإقناع: (ص: 117).

شرك"[1]، والسهم نوع من الشرك [2]، فوجبت الشفعة فيه، لأنه نوع من الشركة فوجب أن يثبت الشافع فيه اعتباراً بالشركة في نفس العقار.. وإنما قلنا: إن بقية أهل السهم أولى من العصبة، لأنهم أخص منهم بالشركة وأكد أمرا، لأن سهمهم معلوم مقدر، (وإنما قلنا: إن أهل السهام يشاركون في العصبة لما ذكرناه من قوتهم عليهم)[3]، وإنما قلنا: إن جميع ورثة الميت إذا كانوا عصبة تشافعوا بينهم لأنهم أهل ميراث واحد كأهل السهام.

فصل[9. ثبوت الشفعة في كل شقص ملك بعوض]

كل شقص ملك بعوض ففيه الشفعة إلا أن يعرض ما يقطعها بأي نوع كان من التمليكات من بيع، أو إجارة، أو خلع، أو مهراً أو صلح من أرش جناية، أو قيمة متلف، أو دم عمد، أو خطأ أو غير ذلك من أنواع المعاوضات، فأما ما ملك بغير عوض مثل الهبة بغير الثواب والصدقة ففيها روايتان: إحداهما وجوب الشفعة، والأخرى سقوطها. ولا شفعة في الميراث[4].

فصل[10. وجوب الشفعة في أنواع المعاوضات]

وإنما قلنا: إن الشفعة واجبة في أنواع المعاوضات لاتفاقهم على ذلك في البيع فكان كل عوض بمثابته، (وقلنا: إن الشفعة في النكاح والخلع خلافاً لأبي حنيفة[5]؛ لأن النكاح نوع معاوضة فإذا ملك به ما يجب فيه الشفعة جاز أن يستحق كالبيع)[6].

---

(1) سبق تخريج الحديث.
(2) والسهم نوع من الشرك: سقطت من (ق).
(3) ما بين قوسين: سقط من (ق).
(4) في جملة هذه الأحكام انظر: المدونة: (210/4)، الكافي: (ص: 442-443).
(5) انظر: مختصر الطحاوى ص: 121، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (110/2).
(6) ما بين قوسين: سقط من (م)، في هذا الفصل، ويوجد هذا النقص بعد فصول قليلة قادمة

فصل[11. أخذ الشفعة في المهر بقيمة الشقص]

إذا وجبت الشفعة في المهر فإنها تؤخذ بقيمة الشقص[1]، خلافاً للشافعي في قوله: إنها تؤخذ بمهر المثل[2]؛ لأن ذلك أعدل بين الشفيع والمرأة، وذلك أن النكاح طريقه المواصلة والمكارمة دون محض المعاوضة، فقد يكون مهر المثل ألف دينار وقيمة الشقص مائة فتسامحه فتأخذ الشقص بمهرها، فمتى ألزمنا الشفيع أخذ الشقص بمهر المثل، وهو ألف بدينار كنا قد حفنا عليه وألزمناه أن يدفع إلى المرأة أكثر مما عاوضت عليه، وكذلك قيمة الشقص ألفاً مثلها مائة، فلو جعلنا للشفيع أخذ الشقص بمائة وهو يساوي ألفاً كنا قد حفنا على المرأة؛ لأن الزوج يقول: أنا أصدقها هذا الشقص (على أنه يقدر مهر المثل فكان الأعدل في ذلك قيمة الشقص)[3].

فصل[12. في أخذ الشقص في الصلح عن دم العمد بقيمته وعن دم الخطأ بالدية]

ويؤخذ الشقص في الصلح عن دم العمد بقيمته وعن دم الخطأ بالدية؛ لأن الواجب بالعمد القود وإنما تجب الدية بالتراضي أو بتعذر القود، وليس كذلك الخطأ لأن الواجب به الدية والشقص بدل منها[4]، ووجه قوله: في الهبة والصدقة إنه لا منفعة فيها، اعتباراً بالميراث؛ لأنه انتقال ملك بغير عوض، ووجه إيجاب الشفعة فيها، اعتبارها بالبيع بعلة أنه انتقال ملك باختيار.

فصل[13. إذا بيع مع الشقص عرض بثمن واحد]

ومن باع صفقة واحدة شقصاً تجب فيه الشفعة ومعه عروض وحيوان فللشفيع أخذ شفعته بحصتها من الثمن، وليس للمشتري أن يقول لا أدعك

---

(1) انظر: المدونة: (224/4)، الكافي: ص: 444.

(2) انظر: الأم: (3/4)، الإقناع (ص: 117).

(3) ما بين قوسين: سقط من (ق)، وخلاصة هذا التعليل أن الشقص إذا كان مهراً فالشفعة فيه أن يؤخذ الشقص بقيمته لا بمهر مثله لأن مهر المثل يتفاوت مع المسمى، لتسامح الناس فيه في العادة بخلاف البيع.

(4) انظر: المدونة: (210/4)، الكافي: (ص: 443- 444).

تفرق الصفقة[1]؛ لأن الشفيع لا يلزمه أن يأخذ ما لا شفعة فيه والمشتري دخل على تفريق الصفقة.

فصل[14. لو اشترى أشقاصا شفيعها واحد]

لو اشترى أشقاصاً شفيعها واحد فأراد الشفيع أن يأخذ شفيعته من واحد منها ويترك بقيتها لم يكن له ذلك إلا برضى المشتري بخلاف الأولى[2]؛ لأن الحق له في الجميع فهو المختار لتبعيض الصفقة على المشتري فلا يترك وذلك.

فصل[15. من باع شقصاً وله عدة شفعاء]

ومن باع شقصاً من رجل[3] وله عدة شفعاء فأراد بعضهم الأخذ بحصته من الشفعة وسلَّم سائرهم: فليس لمريد الشفعة إلا أن يأخذ الكل أو يترك[4]؛ لأن الباقي إذا ترك حصل الشقص كأنه ليس له إلا[5] شفيع واحد فلم يكن له إلا أخذ الكل أو الترك..

ولو كان بعض الشفعاء حاضراً وباقيهم غائب فأراد الحاضر أن يأخذ نصيبه بحصته لم يكن له ذلك لأن تبعيض الصفقة غير جائز ما لم يرض المشتري، وهو ممن له في الشفعة حق، فإن أخذ الكل ثم قَدِمَ الغائبون أخذوا بقدر حقوقهم إن أحبوا لأن أخذ هذا الشفيع للجميع إنما كان لحق المشتري في منع تفريق الصفقة عليه، ولأنه مشتر من المشتري، وليس لمن يأخذ الشفعة تفريق الصفقة عليه.

---

(1) انظر: المدونة: (210/4)، الكافي: (ص: 444).
(2) انظر: المدونة: (210/4-211)، الكافي: (ص: 444).
(3) من رجل: سقطت من (م).
(4) انظر: المدونة: (210/4)، الكافي: (ص: 444).
(5) ليس له إلا: سقطت من (م).

فصل[16. الشفعة على التراخي أو على الفور، وحكم شفعة الغائب]

الأخذ بالشفعة ثابت للشفيع، ما لم يترك، أو يظهر منه ما يدل على الترك، أو يأت من طول المدة ما يعلم معه أنه تارك للشفعة، فإن كان غائباً فلا تنقطع شفعته ولو طالت غيبته ما طالت[1]، وإن كان حاضراً فعنه روايتان[2]: إحداهما أنه لا حد في بطلان الشفعة من المدة، والأخرى أنه ينتظر عليه سنة ثم لا شفعة له بعدها، وعند أبي حنيفة: أنها على الفور[3] كالرد بالعيب فإن أمسك عن المطالبة بها مع علمه وتمكينه[4] منها بطلت، وقول الشافعي الصحيح عن أصحابه مثل ذلك[5].. فدليلنا أن المطالبة بالشفعة حق للشفيع، ومن له حق المطالبة في أي وقت شاء إلا أن يعلم منه ترك له، وهذا أصل بني عليه هذا الباب ولا ينتقض بأعيان المسائل، ولأنه حق في استيفاء مال لم يكن فيه تفريط أو تدليس فلم يجب المطالبة به على الفور، وأصله الديون، وفيه احتراز من الرد بالعيب؛ ولأن في إيجابه المطالبة فوراً ضرر على الشفيع، لأنه قد يعلم ولم يحصل الثمن ولا باع ما يحصل من جهته، فيؤدي ذلك إلى تفويته إياه متى لم يمهل مدة يتمكن فيها من ذلك، وكذلك قد يكون المشتري قد عمَّر وغرس فيلزم الشفيع دفع القيمة[6] إليه، فلا يجوز أن يثبت له حق ويؤخذ باستيفائه على وجه يقتضي تغريمه إياه.. وإنما قلنا: إن الغائب لا تنقطع شفعته لقوله ﷺ: "فينتظر بها

(1) ما طالت: سقط من (ق).
(2) انظر: الموطأ: (715/2)، المدونة: (208/4)، التفريع: (301/2)، الرسالة: (ص228)، الكافي: (ص443).
(3) انظر: مختصر الطحاوى (ص: 120)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (108/2).
(4) في (م): وتمكنه.
(5) انظر: الأم: (3/4)، مختصر المزني: (ص: 120).
(6) في (ق): الشيء.

وإن كان غائباً"[1]؛ ولأنه معذور، ولأن تركه المطالبة لغيبته[2]، ولا يمكنه غالباً المطالبة مع الغيبة.

فصل[17. في توجيه القول في مدة الشفعة]

فأما الحاضر فوجه القول بأن مدته سنة: فلأنه إذا ثبت أن المطالبة ليست على الفور، وكان الأجل القريب في معنى الفور، لأنه قد يكون له عذر في إمساكه عن المطالبة ليُحصِّل الثمن وقيمة[3] عمارة إن كانت للمشتري فيخاف أن يؤخذ بوزن ما يلزمه في الحال وربما في الحال وربما لا يحضره، فوجب ضرب مدة (له ليتسع لما يمكنه معه الأخذ.. وكانت السنة أولى الآجال بأن تحد لأنها تجمع ما تجتمع معه العلل في الصبر والإمهال، وقد جعلت في الشرع حداً لأحكام عدة فكذلك في مسألتنا، ووجه رواية التأبيد قوله: "الشريك أحق به"[4] ولم يعلقه بمدة، ولأنه استيفاء مال فلم يبطل بترك المطالبة كأروش الجنايات.

فصل[18. هبة الشفيع شفعته]

إذا وهب الشفيع شفعته قبل وجوبها له) [5] لم يلزمه[6]؛ لأنه لم يملك شيئاً يهبه، ومن وهب ما لا يملك لم تصح هبته.

فصل[19. فيما إذا بيع الشقص بعرض أو حيوان أو طعام]

إذا بيع الشقص بعرض أو حيوان أخذه الشفيع بقيمة ذلك العرض، وإن كان بطعام أو غيره مما يكال أو يوزن أخذه بمثله[7]؛ ولأن الشفيع إنما

(1) أخرجه ابن ماجه في الشفعة، باب: الشفعة بالجوار: (833/2)، وأبو داود في البيوع، باب: الشفعة: (789/3)، والترمذي في الأحكام، باب: الشفعة للغائب وقال: حديث حسن غريب: (651/3)، وأحمد: (353/3).
(2) في (ق): لقيمته.
(3) في (م): وفيه.
(4) سبق تخريج الحديث قريباً.
(5) ما بين قوسين: سقط من (ق).
(6) انظر: المدونة: (121/4)، التفريع: (301/2)، الرسالة: (ص:228).
(7) انظر: المدونة: (219/4)، التفريع: (312/2)، الكافي: (ص:442).

يستحق الشقص بالقدر الذي عاوض المشتري به، فإن كان مما له مثل لزم الشفيع مثله، وإلا فقيمته لأن القيمة تقوم مقام المثل عنده تعذره.

فصل[20. في عهدة الشفيع]

عهدة[1] الشفيع على المشتري[2] دون البائع؛ ودركه[3] في الاستحقاق لازم للمشتري، وعليه يرجع بالثمن ويرجع المشتري على البائع، وسواء أخذ الشقص قبل قبض المشتري إياه أو بعده في حياة المشتري أو بعد موته[4]، وقال ابن أبي ليلى: العهدة على البائع في كل وجه، وقال أبو حنيفة: هي على من يؤخذ الشقص منه كان البائع أو المشتري[5].

فدليلنا أن الشفعة تؤخذ من ملك المشتري دون البائع وذلك أن المبيع حصل في ملك المشتري بنفس العقد المطلق، ومنه يتلف قبل القبض وبعده، وإن حصل الإيجاب من البائع والقبول من المشتري فقد صح أن يأخذ من المشتري بعد تقرر ملكه عليه فيجب أن تكون العهدة عليه.

فصل[21. في كون الإقالة لا تسقط الشفعة]

الإقالة لا تسقط الشفعة[6]؛ لأنها بيع حادث بعد تقرر الملك للمشتري ووجوب الشفعة للشفيع، فأشبهت بيعها[7] من غير البائع.

وقد اختلف قوله على من تكون العهدة بعد الإقالة، فقال: تكون على المشتري وتبطل الإقالة، ووجه ذلك ما ذكرناه من اعتباره ببيعه من غير البائع

(1) العهدة: مشتقة من العهد، والعهد هو الأمان والموثق والذمة والحفاظ ومن لزمته العهدة لزمه الوفاء بموجبها (الصحاح: 515/2).
(2) يعني أن عهد الشفيع باعتبار الثمن، والرد بالعيب والاستحقاق وشبه ذلك (الفواكه الدواني: 167/2).
(3) الدرك: اللحوق والوصول (الصحاح: 1582/4) ومنه ضمان الدرك في عهدة المبيع، وضمان الدرك عند الفقهاء هو رد الثمن للمشتري عند استحقاق المبيع.
(4) المدونة: (209/4)، التفريع: (302/2)، الرسالة: (ص:228)، الكافي: (ص: 4444).
(5) انظر: مختصر الطحاوى (ص: 123)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (112/2).
(6) انظر: التفريع: (302/2)، الكافي: (ص:444).
(7) في (م): بيعاً.

أن للشفيع الأخذ بأول البيعتين ويبطل ما بعده، وقال هو بالخيار إن شاء كتبها على البائع وإن شاء على المشتري، وهذا لأن الشفعة تجب له بالصفقتين بأي ذلك شاء أخذ، والعهدة على من يأخذها منه.

فصل[22. إذا بيع سهم فيه الشفعة مراراً]

إذا بيع سهم فيه الشفعة مراراً والشفيع غائب أو حاضر لم يعلم ثم أراد الأخذ بالشفعة فله أخذها بأي الصفقات: فإن أخذها بآخر صفقة صح ما تقدم من الصفقات، وإن أخذها بالأولى بطل ما بعدها (وترادوا بأصل الأثمان وسواء اتفقت الأثمان أو اختلفت، وإن أخذها)[1] بوسطها صح ما قبلها وبطل ما بعدها[2].

فصل[23. إذا أراد المشتري التصرف وخاف مطالبة الشريك بالشفعة]

وإذا أراد المشتري التصرف وخاف مطالبة الشريك بالشفعة فله إيقافه عند الحاكم، فإما أخذ أو ترك ليتمكن المشتري مما يريده من البناء والهدم والغرس وغير ذلك مما يتصرف الملاك في أملاكهم[3].

فصل[24. في منع هبة الشفعة أو بيعها]

ولا تجوز هبة الشفعة ولا بيعها[4]، لأن الشريك إنما جُعلت له الشفعة ليزول الضرر عنه بدخول من لم يعهد[5] شركته ولا عرف معاملته، وربما طلب[6] بالقسمة فاحتاج إلى استئناف مرافق، فليحقه في ذلك ضرر وهذا معنى يختص الشريك به لا يوجد في غيره، ولأنه إذا رضي بقطع حقه من تملك الشقص كان المشتري أولى بثبوت ملكه عليه.

---

(1) ما بين قوسين: سقط من (م).
(2) انظر: التفريع: (303/2)، الكافي: (ص:441).
(3) انظر: التفريع: (303/2)، الكافي: (ص:442).
(4) انظر: المدونة: (216/4)، التفريع: (301/2)، الرسالة: (ص:228)، الكافي: (ص:439).
(5) في (ق): من لم يعتد.
(6) في (م): طالبه.

فصل[25. إذا بنى المشتري وغرس وعمّر ثم جاء الشفيع]

إذا بنى المشتري وغرس وعمَّر ثم جاء الشفيع: فإن شاء أخذ بالثمن وقيمة البنيان والغراس قائماً يوم يأخذه، وإن شاء ترك[1]، وقال أبو حنيفة: يأخذها بالثمن ويجبر المشتري على قلع البناء والغراس إلا أن يكون زرعاً يترك إلى أن يحصد[2]..

فدليلنا قوله ﷺ: "ليس لعرق ظالم حق"[3]، وهذا ليس عرق ظالم، ولأنه غرس أو بناء في ملك صحيح يملك نفعه فلم يستحق عليه إتلافه أصله ما لا[4] يستحق عليه فيه شفعة..

وإنما قلنا: إن القيمة يوم الأخذ؛ لأنه في ذلك الوقت يحصل منه مشترياً له فاستحق العوض عليه حينئذ.

فصل[26.في تصور مجيئ الشفيع]

ويتصور ذلك بوجوه: منها أن يكون الشريك لم يعلم بالبيع فطالبه شريكه بالبناء والغرس وكتمه البيع ثم ظهر على ذلك، ومنها أن يكون طالبه بالقسمة فبنى[5] وغرس ثم علم بذلك، ومنها أن يكون الشفيع غائباً فأذن الحاكم للمشتري في البناء والغرس ثم جاء الشفيع.

فصل[27. في أخذ الشفيع النخل بثمرها]

ولو بيعت نخلة بثمرها فإن الشفيع يأخذها مع ثمرتها قائمة كانت أو مجذوذة وللمشتري ما سقى وأنفق[6]، وقال أبو حنيفة: إن كانت قائمة في رؤوس النخل أخذها مع الأصل فإن كانت قد جذت [أخذ] الأصل

---

(1) انظر: المدونة: (236/4)، الكافي: (ص:442-443)، المقدمات: (71/3).
(2) انظر: مختصر الطحاوى ص: 123- 124، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (119/2).
(3) سبق تخريج الحديث.
(4) في (م): ألا.
(5) في (ق): ببناء.
(6) انظر: المدونة: (221/4)، التفريع: (302/2)، الكافي: (ص: 443)، المقدمات: (75/3).

بقسطه من الثمن[1]، وقال الشافعي: لا يأخذ الثمرة على وجه[2]، فدليلنا أن الثمرة ثابتة في أصل المبيع غير مزايلة[3] له قد ضمنه الصفقة من غير فعل آدمي فكانت الشفعة ثابتة فيها كالشجر.

فصل[28. إرث خيار الشفعة]

خيار الشفعة موروث[4]، خلافاً لأبي حنيفة[5]؛ لقوله ﷺ: "من ترك مالاً أو حقاً فلورثته"[6]، ولأنه خيار لدفع الضرر عن ماله فجاز أن يقوم فيه وارثه مقامه كخيار الرد بالعيب، ولأنه حق مستفاد بالملك فجاز أن يكون موروثاً كثمر الشجر ونماء الماشية.

فصل[29. متى تتم شفعة الخيار]

إذا بيع شقص بالخيار فلا شفعة حتى يتم البيع ويحصل الاختيار[7]، وقال أبو حنيفة: إن كان الخيار للبائع فلا شفعة وإن كان للمشتري وجبت الشفعة[8]، وإنما قلنا: لا شفعة قبل انبرام الخيار اعتباراً به لو كان الخيار للبائع، ولأن الشفعة تستحق بتمام العقد، وما لم يقع الخيار فالعقد غير تام، بدليل أن المشتري ربما لم يشتر فرَّ الشقص.

فصل[30. إذا بيع الشقص بثمن إلى أجل]

إذا بيع الشقص بثمن إلى أجل: فإن شاء[9] الشفيع أخذه بمثل ذلك الثمن إلى أجل إن كان ثقة مليا أو بثقة ملىء الثمن عنه عند[10]

---

(1) انظر: مختصر القدوري مع شرح الميداني: (119/2-120)، تحفة الفقهاء: (59/3).
(2) انظر: مختصر المزني (ص: 120)، المهذب: (377/1).
(3) المزايلة: هي المفارقة (انظر: الصحاح: 1720/4).
(4) انظر: المدونة: (16/4)، الموطأ: (715/2)، الكافي: (ص:440)، المقدمات: (68/3).
(5) انظر: مختصر الطحاوى (ص: 123)، ومختصر القدوري مع شرح الميداني: (113/2).
(6) أخرجه البخاري في الكفالة، باب: الدين: (60/3)، ومسلم في الفرائض، باب: من ترك مالاً فلورثته: (1237/3).
(7) انظر: الموطأ: (714/2-717)، الكافي: (ص:439).
(8) انظر: مختصر القدوري مع شرح الميداني: (114/2).
(9) في (ق): حاء.
(10) في (م): عند وجوب الأجل.

الأجل[1]، وقال أبو حنيفة والشافعي: ليس له أخذه إلا بالثمن حالاً أو الانتظار إلى أن يحل فيأخذه بالنقد[2].

ودليلنا أن الشفعة تستحق بمثل الثمن الذي بيع الشقص به حتى يدخل الشفيع مدخل المشتري من غير زيادة ولا مرفق بدليل أنه لو اشترى بغلة لم يأخذ صحاحاً، ولو ابتاع بصحاح لم يعط غلة، ولو ألزمنا النقد وقد ابتاع نساء لكان ذلك زيادة على الشفيع للمشتري، لأن العرف جارٍ بأن الثمن بالنقد أقل منه بالنسيئة، ولأن المشتري لا يلزمه أن ينقد، فلا يلزم الشفيع إلا ما يلزم المشتري، وإن منعناه الأخذ إلى المدة أضررنا به طول تلك المدة فلم يبق إلا ما قلناه.

فصل[31. الشفعة في الحمام]

واختلف عنه في الحمام: ففيه روايتان[3]: إحداهما وجوب الشفعة، والأخرى سقوطها وذلك مبني على وجوب قسمته، فالشفعة تتبع القسمة في الإثبات والنفي[4].

فصل[32. الشفعة في العقار الذي لا ينقسم]

وقد اختلف قوله: في العقار الذي لا يقسم[5] إذا طلب الشريك الشفعة: فقال: فيه الشفعة، وقال لا شفعة إلا فيما ينقسم[6]..

فوجه إثباتها قوله ﷺ: "الشفعة في كل شرك"[7]، ولأنه عقار كالذي ينقسم ووجه نفيها قوله ﷺ:"الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا

---

(1) انظر: المدونة: (4/218-219)، الموطأ: (2/715).
(2) انظر: مختصر القدوري مع شرح الميداني: (2/120)، مختصر المزني (ص: 120).
(3) انظر: المدونة: (4/224)، الكافي: (ص:436)
(4) في (ق): النهي.
(5) في (م): لا ينقسم.
(6) انظر: المدونة: (4/224)، التفريع: (2/300)، الكافي: (ص: 236).
(7) سبق تخريج الحديث.

شفعة"[1] فنبَّه على اعتبار المقسوم، ولأن كل مبيع لا ينقسم فلا تدخله الشفعة كالثوب والعبد.

فصل[33. في شفعة أهل الذمة]

للذمي الشفعة فيما باع شريكه المسلم[2]، خلافاً لأحمد وداود[3]؛ لقوله ﷺ: "الشفعة في كل شرك رَبْعَةٍ أو حائط لا يحل له أن يبيعه حتى يعرضه على شريكه فإن باعه فالشريك أحق به بالثمن"[4] فعم، ولأنه حق موضوع لإزالة الضرر عن الملك فاستوى فيه المسلم والكافر كالردَّ بالعيب.

فصل[34. إذا اختلف الشفيع والمشتري في الثمن]

إذا اختلف الشفيع والمشتري في الثمن: فالقول قول المبتاع لأنه مدَّعى عليه والشفيع مدّعٍ لاستحقاق الشقص وإزالة ملكه بدون ما يذكره، فكان على المشتري اليمين[5] فإن حلف فإما أخذ الشفيع ما حلفه عليه وإلا ترك، وإن نكل حلف الشفيع وأخذ ما يدعيه، وكل ذلك إذا كان التداعي فيما يشبه[6] فإن أتى أحدهما بما لا يشبه فالقول قول مدعي المشبه مع يمينه؛لأن العرف يصدقه ويكذب خصمه، إلا أن يكون المبتاع ممن يعلم أنه يبذل مثل ذلك الثمن لكونه ملكاً لا يبالي فيما يبذل، أو جاراً يزيد في الثمن لحاجته إلى الشقص، وما أشبه ذلك، فإن العرف يُجوِّز فيه ذلك..

---

(1) سبق تخريج الحديث.
(2) انظر: المدونة: (205/4)، الكافي (ص: 438).
(3) انظر: مسائل الإمام أحمد – برواية ابنه عبد الله- (298)، مختصر الخرقي (ص 76)، المحلى: (25/10).
(4) سبق تخريج الحديث.
(5) في (ق): الثمن.
(6) أي بما يشبه أن يكون ثمناً للشقص.

فإن أقام أحدهما بينة ثبت له ما يدعيه مما تشهد به: فإن أقام الآخر[1] بينة حكم بأعدلهما على ما يبينه، فإن تكافئا سقطتا وعاد الأمر إلى القول قول المبتاع مع يمينه[2].

فصل[35. إذا حط البائع عن المبتاع شيئا من ثمن الشفعة]

إذا حط البائع عن المبتاع شيئاً من ثمن الشفعة نظر[3]:

فإن كان مثلها مما حط في البيوع والباقي يشبه أن يكون ثمناً للشقص وجب حطه عن الشفيع..

وإن كان شيئاً متفاوتاً لا يصلح أن يكون الباقي[4] ثمناً للشقص فذلك هبة لا[5] توضع عن الشفيع، وسواء كان ذلك قبل الأخذ بالشفعة آو بعده[6]، وقال الشافعي: لا يحط عن الشفيع شيئاً أصلاً[7]..

فدليلنا أن الذي يلزم الشفيع أن يؤدي إلى المشتري ما عاوض على الشقص، والذي عاوض عليه هو ما دونه دون ما يحط عنه، ولأنه إذا حط عنه بعضه علمنا أن الذي أظهره لم يكن الثمن فإن الثمن هو ما بقي بعد الحطيطة، فإذا وضع مالاً يشبه في الباقي أن يكون ثمناً فإنا نعلم أن ذلك هبة لا تتعلق باستغلاء الشقص واستصلاح ثمنه لا يحط عن الشفيع.

---

(1) الآخر: سقطت من (م).
(2) انظر: المدونة: (208/4)، الكافي: (ص: 444).
(3) في (م): الشقص.
(4) في (ق): الثاني.
(5) في (ق): كما.
(6) انظر: المدونة: (212/4)، الكافي: (ص: 442).
(7) انظر: مختصر المزني (ص: 120-121)، المهذب: (385/1).

كتاب القسمة[1]

الأصل في القسمة[2] قوله تعالى: ﴿ وَإِذَا حَضَرَ ٱلْقِسْمَةَ أُوْلُواْ ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينُ ﴾[3] الآية، وقوله ﷺ: "الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة"[4]، وما روي عن قسمته ﷺ الغنائم وإسهامه بين العبيد المعتقين في المرض[5]، وقوله ﷺ: "كل مال أدركه قسم الجاهلية فهو على قسم الجاهلية وما أدركه قسم[6] الإسلام فهو على قسم الإسلام"[7]؛ ولأن أحداً لا يجبر على مشاركة غيره إذا لم يخترها.

فصل[1. فيما يصح قسمه]

الأعيان المملوكات ضربان: ضرب يصح قسمه وضرب لا يصح قسمه، فالذي لا يصح قسمه هو: الثياب، والحيوان، والرقيق، والعروض وغيرها فهذا يصح قسمة النوع منه دون الأعيان، ولا يصح قسمة أعيان هذه الأشياء كالثوب والعبد والدابة والسفينة وما في حكم العين الواحدة كالخفين والنعلين والبابين وكل ما في قسمه إتلاف عينه أو إتلاف النفع به، فهذا النوع لا يصح قسم العين[8] لأن القسمة هي إقرار الحقوق وأن يميز الإنسان

---

(1) القسمة: في اللغة الفرز وتجزئة الشيء: (معجم مقاييس اللغة: (86/5)، المصباح المنير ص: 503). وفي الاصطلاح: تصيير مشاع من مملوك مالكين معيناً ولو باختصاص تصرف فيه بقرعة أو تراض هي (حدود ابن عرفة ص: 372).

(2) انظر: المدونة: (241/4)، التفريع: (296/2)، الكافي (ص: 445). المقدمات: (91/3).

(3) سورة النساء، الآية: 8.

(4) سبق تخريج الحديث.

(5) أخرجه مسلم في الإيمان، باب: ما اعتق شركاً له في عبد: (1288/3).

(6) قسم: سقطت من (م).

(7) أخرجه مالك: (746/2)، وأبو داود في الفرائض، باب: فيمن أسلم على ميراث: (330/3)، وابن ماجه في الرهون، باب قسمة المال: (831/2)، وأخرجه الشافعي عن الإمام مالك.

(8) انظر: المدونة: (242/4-248)، التفريع: (296/2)، المقدمات: (94/3-95).

حقه وينفرد به فينتفع[1] به على ما يريده، وقسم هذه الأعيان يفيتها هذا المعنى فيجب منعه، ولأن طالب قسمة العبد والدابة والثوب والسطل وما أشبهه كأنه يقول: أريد أن أتلفه على شريك ملكه وأبطل عليه الانتفاع به ولا أبالي إن أدى ذلك إتلاف ملكي فلا يُمكَّن من ذلك.

فصل[2. إذا تشاح الشريكان فيما لا يصح قسمته]

إذا ثبت أن قسمة كل واحد من هذه الأعيان لا يصح بانفرادها فإذا تشاح الشريكان فيه ولم يتراضيا بالانتفاع به على الشياع وأراد أحدهما البيع فله ذلك فإن أجابه الآخر أن يبيع حصته معه جاز، وإن أبى أجبر على البيع معه[2]؛ لأن في بيع[3] هذا حصته عنه وحده[4] ضَررًا عليه لنقص قيمته إذا أفردت بالبيع عنها إذا بيعت بالجملة فلا يجوز أن يقال أن الشريك غير مختار لإخراج ملكه، ولا يجبر عليه؛ لأنه إذا تعلق بذلك حقٌ لغيره أجبر عليه ولم يلتفت إلى اختياره كالشفعة، ولأن الشركة لما لم يلزم البقاء عليها كان لمن أراد الانفراد منهما بحقه أن ينفرد به، فإن أمكن بالقسمة[5] وإلا بالبيع لأنه لا طريق له إلا ذلك..

فإذا ثبت أن الشريك يجبر على البيع بما دفع به كان له ذلك لإزالة الضرر عنه إلا إن شاء الشريك بيع حصة مشاعة فلا[6] يلزم بيع حصته معه، فإن اختار أن يتقاوما رقبة المبيع، فإن زاد على صاحبه سلمه الآخر له، هذا الحكم فيما لا ينقسم آحاده.

(1) فينتفع به: سقطت من (ق).
(2) انظر: التفريع: (296/2)، الكافي: (ص: 449) المقدمات: (98/3-99).
(3) في (م): منع.
(4) وحده: سقطت من (م).
(5) في (ق): بالقيمة.
(6) في (م): فلم.

فصل[3.قسمة الذي تنقسم أعيانه]

فأما الذي ينقسم أعيانه كالعقار والرباع فما أمكن قسمه منها ولم يعد بالضرر وإتلاف حصة أحد الشركاء قسم بينهم، وما لا يمكن قسمه إلا بلحوق الضرر لجماعتهم وأن يصير لكل واحد ما لا ينتفع له فلا يجوز قسمه لأن ذلك إضرار بنفسه وشركائه، وإن كان تصير لأحد الشركاء ما ينتفع به فطالب بالقسمة وفي القسم إبطال انتفاع الباقي بحصصهم، وقد قيل: إن العقار إذا كان مما ينقسم قسم على حال إذا دعى بعض الشركاء إلى القسمة[1].

فوجه القول بأنه يقسم وإن كان يصير لكل واحد منهما ما لا ينتفع به أن القسمة هي تمييز الحقوق فمن دعي إليها كان له اعتباراً به إذا حصل للآخر ما ينتفع به، ولأنه يقول أريد أن أنفرد بملكي وليس عليَّ شيء من غيري فيكون له ذلك..

ووجه القول: إنه لا يقسم قوله ﷺ: "لا ضرر ولا ضرار"[2]، وهذا من الإضرار، ولأن قسم رقاب العروض والحيوان إنما امتنع لهذا المعنى.

فصل[4.في أوجه القسمة]

والقسمة في الأصل على ثلاثة أوجه:

قسمة مهاياة: وهي أن يتهايأ الشريكان فيأخذ هذا دار يسكنها وهذا أرضاً يزرعها فيجوز ذلك بالتراضي وليست بواجبة يجبر عليها من أباها، لأن قسمة النافع ليست بقسمة للرقاب، وقسمة بيع: وصفتها أن يأخذ أحد الشريكين داراً على أن يأخذ أحد الشريكين داراً أخرى أو بستانا أو دكاناً فهذا قسمة جائزة[3]؛ لأنها بيع ومحصولها أن أحدهما باع حصته من الدار

---

(1) انظر: المدونة: (241/4-242)، التفريع: (296/2)، الكافي: (ص: 449)، المقدمات: (94/3-90).
(2) سبق تخريج الحديث.
(3) في (م): زائدة.

بحصة الآخر من الدار الأخرى، والثالث قسمة قيمة وتعديل: وذلك إذا كانت الدار مختلفة البناء، والبستان مختلف الغراس يختلف قيمة كل شيء منه من نخل وشجر وبسط فإنها تعدل بالقيمة ويضرب عليها بالسهم، وصفة ذلك تقسم الفريضة وتحقق وتضرب إن كان في سهامها كسر إلى أن تصح السهام ثم يقوَّم كل موضع منها وكل نوع من غراسها ثم تعدل على أقل السهام بالقيمة فربما كانت جريب من موضع بإزاء ثلاثة أجربة من موضع آخر[1] على حسب اختلاف قيم الأرض في مواضعها، فمن حصل له سهم من طرف فإن كان بقدر حقه فقد استوفاه، وإن كان أقل من حقه ضم إليه مما يليه تمام حقه[2].

ووجه ذلك: أن القيمة إذا عرفت وعدلت على أقل السهام نُظر: فإن تراضوا على أن يجعل لأحدهم من طرف وللباقين من الطرف الآخر جاز، وإن تشاحوا ضرب بالسهم بينهم فمن حصل له بسهم من جهة كانت له، فإن اختلفوا بأي[3] الجهات يبدأ في الإسهام عليه أسهم على الجهتين فأيتهما خرج سهمها أسهم عليها ثم كان الحكم فيه على ما بيناه..

وصفة القرعة: أن يكتب أسماء الشركاء في رقاع وتجعل في طين أو شمع ثم ترمى كل بندقة في جهة فمن حصل اسمه في جهة أخذ حقه متصلاً في تلك الجهة، وقيل: تكتب الأسماء وتكتب الجهات (ثم يخرج أول بندقة من الأسماء ثم أول بندقة من الجهات)[4] فيعطى من خرج اسمه نصيبه من تلك الجهة.

(1) في (ق): في حكم آخر.
(2) انظر: المدونة: (241/4)، التفريع: (297/2)، الكافي: (ص: 445-446).
(3) في (ق): في أي.
(4) ما بين قوسين : سقط من (م).

فصل[5.في قسمة الدور والدكاكين والضياع]

إذا أراد الشريك قسمة دور أو دكاكين[1] أو ضياع: فطلب بعضهم القسم[2] له بحقه في كل دار أو دكان، وطلب الباقون القسمة على العدد نظر: فإن كانت المنافع متساوية أو متقاربة والمواضع متصلة أو متقاربة ورغبة الناس فيها غير متباعدة قسمت على العدد، وإن كانت المنافع مختلفة والمواضع متصلة (والمنافع متساوية والمواضع) [3] متباعدة قسمت كل دار على حدة[4]، وقال أبو حنيفة والشافعي: يقسم في الوجهين كل دار على حدتها[5].

ودليلنا أن القسمة بالعدد أنفع للفريقين وأبعد على الغرر[6] وأعود بالصلاح، لأن الدار الواحدة إذا قسمت ربما فسدت وقلّ الانتفاع بما يصير لكل واحد منهما، وإذا حصل لكل واحد دار كاملة كمل انتفاعهم بها فكان عدولهم عن هذا إلى قسمة أجزاء الدار إيثارا للإضرار[7] بنفسه وبالشريك فلا يترك وذلك[8]، ولا يلزم عليه الدار الواحدة لأنه لا يمكن فيها إلا قسمة كل عين..

فأما إذا كانت المنافع مختلفة مثل السيح والنضح والدار للسكنى والأرض للزرع فان كل ملك يقسم على حدة لاختلاف الأغراض فيه ولحوق الضرر بقسمتها على العدد، وكذلك اختلاف المواضع قائم مقام اختلاف الأغراض والمنافع.

---

(1) في (ق): دكان.
(2) في (م): أن يقسم.
(3) ما بين قوسين سقط من (ق).
(4) انظر: المدونة: (241/4 و244 و266 و271)، التفريع: (297/2)، الكافى: (ص: 448-450)، المقدمات: (98/3-99).
(5) انظر: مختصر الطحاوى(ص: 410)، المهذب: (384/1).
(6) في (م): عن الأضرار.
(7) في (ق): للضرورة.
(8) في (ق): وكذلك.

فصل[6.في القسمة الحمام والرحى..]

الحمام والرحى وكل ما لا يحتمل القسم إلا أنه إذا قسم بطل الانتفاع به من ذلك الوجه وإن كان ينتفع به لغيره ففي قسمه روايتان[1]: فإذا قلنا: يقسم فإن[2] الانتفاع يحصل بقسمه ما أشبه سائر العقار، وإذا قلنا: لا يقسم؛ لأن في قسمه إبطال المنفعة المقصودة منه وإتلافها وذلك ضرر فلم يجز.

فصل[7.في أجرة القسام]

أجرة القسام على الرؤوس دون الأنصباء[3]، خلافاً للشافعي في قوله: إنها[4] على الأنصباء[5]؛ لأن اختلاف المقادير لا توجب زيادة في فعل[6] القاسم بزيادة السهم بل التعب فيه واحد بل ربما تعب بتميز السهم القليل وإفراده أكثر مما يتعب بتميز الكثير، يبين ذلك أن الدار تكون فيها ثلثان وثمن فيحتاج إلى قسمتها أثماناً ولو كانت نصفين لكان أسهل عليه، والأجرة تستحق على حسب العمل في الكثرة والقلة فإذا كان اختلاف مقادير الأنصباء يؤثر[7] في زيادة العمل ونقصانه أو ربما أثر في القليل مثل تأثيره في الكثير أو أكثر وجب اطراح هذا الاعتبار وأن يكون معتبراً بعدد[8] الرؤوس.

فصل[8.القول بأنه يقسم على أقل السهام]

وإنما قلنا: يقسم على أقل السهام؛ لأن صاحب السهم القليل يحتاج إلى إفراد حقه فلو لم يقسم على أقل السهام لم يصل إلى غرضه، وليس في ذلك

---

(1) انظر: المدونة: (269/4)، التفريع: (298/2)، الكافي: (ص: 447-448).
(2) في (ق): فكان.
(3) انظر: المدونة: (271/4)، التفريع: (297/2)، الكافي: (ص: 450).
(4) في (ق): إنه.
(5) انظر: المهذب: (307/2).
(6) في (ق): فصل.
(7) في (م): لا يؤثر.
(8) في (م): بعدة.

إضرار بصاحب السهم الكبير لأنه يستوفي حقه متصلاً ولا يحتاج معه إلى استئناف قسمة لصاحب السهم القليل.

فصل[9.إذا اشترك جماعة في سهم]

وإذا اشترك جماعة في سهم قسم ذلك السهم مع بقية السهام قسماً واحداً ثم استؤنف القسم بين أهل ذلك السهم إن أرادوا[1]؛ لأن القسم على قدر أهل السهام وحكم أهل السهم الواحد حكم المالك الواحد فإذا انفردوا بسهمهم صار لهم حكم أنفسهم ألا ترى أن الشفعة بين أهل سهمهم لا يدخل عليها[2] أهل سهم أخر.

---

(1) انظر: المدونة: (4/271-277)، التفريع: (2/297)، الكافى: (ص: 446-447).
(2) عليها: سقطت من (م).

باب: اللقيط[1]

لا يتبع الصبي أمه في الإسلام خلافاً لابن وهب[2]، وإليه ذهب أبو حنيفة والشافعي[3]؛ لأنه يتبع في الذمة أباه دون أمه فكذلك في الإسلام؛ ولأن كل من لا يتبعها في عقد الذمة لم يتبعها في عقد الإسلام كالجد والعم[4].

فصل[1. في إسلام الصغير بإسلام أبيه]

والصغير مسلم بإسلام أبيه لا بنفسه خلافاً لأبي حنيفة[5]؛ لأنه غير مكلف كالمجنون، ولأن كل من يتبع غيره في الإسلام لم يصح إسلامه بنفسه كالذي يقصر عن التمييز.

فصل[2. لا يتبع اللقيط بما أنفق عليه]

ومن التقط لقيطاً فأنفق عليه فهو متطوع، وإن أراد أن ينفق عليه ويتبعه[6] به فليس ذلك له إما أنفق عليه محتسباً وإما تركه[7]، وإنما قلنا ذلك لأنه فقير من فقراء المسلمين تلزم الكافة إعانته فليس له أن يجعل عليه دينا، وسواء استأذن الإمام في أن ينفق عليه أم لم يستأذنه، خلافاً لمن يقول أنه يتبعه إذا استأذن الإمام لأنه ليس للحاكم أن يلزم ذمم الصغار ديوناً يتبعون بها مع الغنى عنها؛ لأن النفقة على أمثال هؤلاء يكون على وجه الحسبة.

---

(1) اللقيط:هو صغير الآدمي لم يعلم أبواه ولا رقه.
(2) انظر: الموطأ: (4/738-741).
(3) انظر: حاشية ابن العابدين: (3/249)، مختصر المزني (ص: 136-137).
(4) انظر: مواهب الجليل: (6/81-82).
(5) انظر: حاشية ابن العابدين: (3/249 و5/491).
(6) في (م): يبيعه.
(7) انظر: مواهب الجليل وحاشية المواق: (6/80-81).

فصل[3.ميراث المنبوذ لبيت المال]

وميراث المنبوذ[1] لبيت المال[2]، لأنه مسلم لا وارث له وليس لملتقطه شيء من ميراثه؛ لأن الميراث لا يكون إلا بنسب أو ولاء أو نكاح وكل ذلك معدوم بين المنبوذ وملتقطه، والله أعلم وأحكم.

[انتهى الجزء الثاني، ويليه الجزء الثالث إن شاء الله وأوله كتاب الجراح]

(1) المنبوذ: هو الصبي المطروح، وهو اللقيط (المصباح المنير ص: 590).
(2) انظر: الموطأ: (741/4)، التفريغ: (2370/2).

فهرس تفصيلي للموضوعات

الجزء الثاني

كتاب الصيد

كتاب الذبائح

باب: الأطعمة

باب: الأشربة

كتاب النكاح وأبوابه والطلاق وما يتعلق به

باب: اشتراط الولي في عقد النكاح

باب: خلع الأب على ولده الصغير

باب: الإشهاد على عقد النكاح

باب: الصداق

باب: عيوب النكاح

باب: العيوب التي توجد بالزوج خاصة

باب: في متعة الطلاق

باب: النفقة على الأزواج في النكاح

باب: نكاح المريض المخوف عليه

باب: المحرمات من النساء

باب: ما يحرم الجمع بينه من النساء

باب: من التحريم

باب: حق المقام عند الزوجة الجديدة

باب: في امرأة المفقود

باب: في الطلاق

باب: طلاق السنة وطلاق البدعة

باب: طلاق الصغير والمجنون وغيرهما

باب: في الشهادة على الطلاق

باب: الخلوة لا توجب كمال الصداق

باب: الخيار للأمة إذا أعتقت وهي تحت عبد

باب: في الخلع

باب: في الحكمين

باب: في تمليك المرأة طلاقها

باب: في الإيلاء

باب: الظهار

باب: في اللعان

باب: في العدة

باب: في الإحداد

باب: النفقة والسكنى للمطلقة الرجعية

باب: النفقة على الولد الصغير

باب: في الحضانة

باب: في استبراء الأمة

باب: في الرضاع

كتاب البيوع

باب: في بيع المزابنة

باب في بيع الطعام قبل قبضه

باب: في أضرب المبيع

نوع آخر: في السلم

باب: في القرض

باب: في بيع السلم قبل قبضه

باب: في بيع الثمار

باب: في العرية

باب: في منع التفاضل في بيع الذهب بالذهب (الصرف)

باب: بيع الغرر

باب: في الخيار

باب: في الغش والتدليس في البيوع

باب: في عهدة الرقيق

باب: التفرقة في البيع بين الأمة وولدها

باب: التصرية

باب: إذا اختلف المتبايعان في مقدار الثمن

باب: في الاستبراء

كتاب الإجارات

باب: في الجعالة

كتاب القراض

كتاب المساقاة وكراء الأرض والمزارعة

باب: كراء الأرض

كتاب الشركة

كتاب الرهون

كتاب الحجر

باب: في الحجر على المفلس وحبس المديان

باب: حلول الدين المؤجل

باب: في تجارة ودين العبد بغير إذن سيده

كتاب الصلح

باب: في إحياء الموات

باب: الوديعة

باب: العاريَّة

كتاب الغصب والتعري

باب: الاستحقاق

كتاب الحوالة

باب: الحماله

كتاب الوكالة

كتاب الإقرار

كتاب اللقطة

كتاب الشفعة

كتاب القسمة

باب: اللقيط

